



**TOWARZYSTWO
BIBLIOTEKI
SŁUCHACZÓW
PRAWA UJ**



**Internetowy Przegląd
Prawniczy TBSP UJ**

Numer 1/2010 (4)
www.tbsp.pl
ISSN-1689-9601



**Internetowy Przegląd
Prawniczy TBSP UJ**

Numer 1/2011 (6)
www.tbsp.pl
ISSN-1689-9601



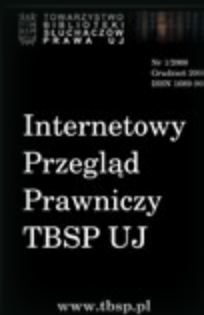
**Internetowy Przegląd
Prawniczy TBSP UJ**

Numer 2/2011 (7)
www.tbsp.pl
ISSN-1689-9601



**Internetowy Przegląd
Prawniczy TBSP UJ**

Numer 2/2012 (9)
www.tbsp.pl
ISSN-1689-9601



**Internetowy Przegląd
Prawniczy TBSP UJ**

Numer 2/2010 (5)
www.tbsp.pl
ISSN-1689-9601



**Internetowy Przegląd
Prawniczy TBSP UJ**

Numer 2/2011 (7)
www.tbsp.pl
ISSN-1689-9601



**Internetowy Przegląd
Prawniczy TBSP UJ**

Numer 2/2012 (9)
www.tbsp.pl
ISSN-1689-9601



**INTERNETOWY
PRZEGŁAD
PRAWNICZY
TBSP UJ**

Numer 2/2009 (3)
www.tbsp.pl
ISSN-1689-9601



**Internetowy Przegląd
Prawniczy TBSP UJ**



Numer 1/2012 (8)
www.tbsp.pl
ISSN-1689-9601

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

Numer 3/2012

(10, t. 1)

www.tbsp.pl

ISSN-1689-9601

**10
podwójny numer
jubileuszowy**

Jubileuszowy, dziesiąty i dwutomowy numer
Internetowego Przeglądu Prawniczego TBSP UJ

Publikacja wydawana przez
Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa UJ

Autorzy

Marta Burgiel
Mateusz Pacak
Mateusz Krywult
Aneta Makowiec
Paweł Nowak
Joanna Rauch
Aleksandra Rychlewska
Piotr Talaga
Wojciech Ulanowski

Projekt graficzny i łamanie
Przygotownia Pracownia DTP i Grafiki
www.przygotowniadtp.pl

Adiustacja i korekta
Agnieszka Kukieła

Kolegium Redakcyjne
Zeszytów Prawniczych oraz
Internetowego Przeglądu
Prawniczego TBSP UJ
Izabela Skoczeń
Mateusz Pacak
Kamil Mamak
mgr Aleksandra Puczek
mgr Wojciech Szkadłubowicz

Adres redakcji
ul. Bracka 12/302,
31-005 Kraków
e-mail: redakcja.ipp@tbsp.pl
www.tbsp.pl
© by tbsp uj

Spis treści

Marta Burgiel, Mateusz Pacak	4
<i>Korporacyjne strony internetowe spółek publicznych</i>	
Mateusz Krywult	20
<i>Krytyka teorii moralnych opartych na prawach (right-based theories). Raz kontra Nozick</i>	
Aneta Makowiec	33
<i>Interes organu podatkowego i podatnika na tle uregulowań zabezpieczenia wykonania zobowiązań podatkowych</i>	
Paweł Nowak	50
<i>Sankcja karna w prawie administracyjnym oraz charakter prawny administracyjnych kar pieniężnych</i>	
Joanna Rauch	71
<i>Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 372/10</i>	
Aleksandra Rychlewska	79
<i>Glosa krytyczna do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r., I KZP 18/11</i>	
Piotr Talaga	88
<i>Przedmiot umowy leasingu w świetle regulacji Kodeksu cywilnego</i>	
Wojciech Ulanowski	99
<i>Darowizna na wypadek śmierci w prawie polskim</i>	

Korporacyjne strony internetowe spółek publicznych

1. Wprowadzenie

Regulacja obowiązków informacyjnych okazuje się kluczowa w kontekście postępującej globalizacji oraz rozwoju technologicznego. Zadaniem ustawodawcy jest takie zdefiniowanie obowiązków informacyjnych, aby wiedza na temat spółek była jak najbardziej szeroka, rzetelna oraz dostępna wszystkim uczestnikom rynku w tym samym czasie i na tych samych zasadach. Informacja jest dziś podstawą podejmowania trafnych decyzji inwestycyjnych, a wartość papierów wartościowych nie opiera się jedynie na prostym odzwierciedleniu kondycji ekonomicznej spółki.

Nie mniej istotną kwestią jest określenie, w jaki sposób informacje te powinny być podawane do wiadomości inwestorów. Kolejne zmiany stanu prawnego i rozszerzanie obowiązków informacyjnych skłaniają do rozważenia zasadności i kierunku tych zmian.

Celem niniejszego opracowania jest analiza praktyki wywiązywania się spółek publicznych z obowiązków prowadzenia stron internetowych i wyciągnięcie wniosków dotyczących przyszłych regulacji.

Praca jest oparta na badaniu przeprowadzonym wśród spółek z indeksu WIG20, mWIG40 oraz sWIG80 oraz spółek z sektora przemysłu metalowego. Badaniu poddano zagadnienie

^{1*} Autorka jest studentką V roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz absolwentką Wydziału Zarządzania Akademii Górniczo-Hutniczej; autor jest studentem V roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

zamieszczania na stronach internetowych spółek kluczowych dla dobrych relacji inwestorskich informacji, co do których Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW zalecają ich upublicznienie. Analizę oparto o wybrane dokumenty korporacyjne, kluczowe dla otoczenia spółki informacje oraz instrumenty pozwalające na ulepszenie komunikacji z inwestorami.

Zasadne jest również omówienie wzajemnego stosunku przepisów Kodeksu spółek handlowych² regulujących obowiązki prowadzenia stron internetowych wśród emitentów giełdowych do podobnej regulacji zawartej w Dobrych Praktykach Spółek Notowanych na GPW.

2. *Ratio legis* wprowadzania ustawowych obowiązków informacyjnych – znaczenie prawa akcjonariuszy (inwestorów) do informacji o spółce

Prawo akcjonariusza do informacji jest – obok praw korporacyjnych oraz majątkowych – fundamentem i gwarancją możliwości jego aktywnego udziału w spółce. Można powiedzieć, iż warunkuje ono wykonywanie innych pierwszoplanowych uprawnień, takich jak: prawo do uczestnictwa w walnym zgromadzeniu, prawo głosu, prawo do zaskarżania uchwał walnego zgromadzenia³. Jest ono również podstawą dla innego, nie mniej istotnego uprawnienia akcjonariusza – prawa zbycia akcji. W tym kontekście informacja traci swoje podstawowe znaczenie, jakim jest możliwość wykonywania praw korporacyjnych, a staje się podstawą skutecznego inwestowania.

Dostępność określonych informacji o spółce staje się jednym z kluczowych kryteriów lokowania kapitału (akcjonariusz nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania spółki, a kluczowe jest dla niego ryzyko utraty wniesionego wkładu na kapitał zakładowy). Dostęp do informacji ma zatem szczególne znaczenie dla zapewnienia dokładnej analizy spółki, przyczynia się do zwiększenia bezpieczeństwa inwestycji oraz buduje zaufanie inwestorów. Wzrost zaufania inwestorów do spółki prowadzi w prosty sposób do zwiększenia zainteresowania daną spółką, co najczęściej przekłada się na trend zwykły jej akcji. Szersza informacja dostępna uczestnikom rynku wpływa na obniżenie kosztów monitorowania rynku oraz poszukiwania niezbędnych informacji przez inwestorów, a tym samym redukuje ich oczekiwania co do zwrotu z inwestycji (w związku z redukcją kosztów)⁴.

Dostęp do informacji ma doniosły wpływ na decyzje podejmowane przez akcjonariuszy, czego najlepiej dowodzi analiza rynku kapitałowego. W przeprowadzonych badaniach⁵ wykazano,

² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000, Nr 94, poz. 1037).

³ K. Bilewska, *Prawo do informacji – fundament statusu prawnego wspólników (akcjonariuszy) spółki kapitałowej*, HUK 4/2008, s. 448.

⁴ Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, *Wzmocnienie ochrony uczestników rynku kapitałowego*, Luty 2011, s. 3, http://www.knf.gov.pl/Images/wzmocnienie_ochrony_uczestnikow_ryнку_kapitałowego_tcm75-25693.pdf, 15.03.2012.

⁵ J. Czekaj, M. Woś, J. Żarnowski, *Efektywność giełdowego rynku akcji w Polsce*, Warszawa 2001 [za:] M. Budzicki, *Publikacja sprawozdań finansowych banków jako jeden z determinantów zmian wyceny akcji na rynku kapita-*

iż polski rynek kapitałowy jest efektywny w stopniu pólśilnym, co oznacza, że szybko uwzględnia w cenach instrumentów finansowych większość pojawiających się informacji.

Występowanie monopolu informacji lub asymetria informacji mogą powodować występowanie trwałych, ponadnormalnych zysków, utrudniać dostęp do rynku produktów nowych podmiotów, zmniejszać przejrzystość rynku i wpływać niekorzystnie na konkurencyjność⁶. Obowiązki informacyjne w spółkach publicznych mają dużo szerszy zakres niż w modelowych spółkach akcyjnych. Oprócz art. 428 k.s.h. regulującego udzielanie odpowiedzi akcjonariuszom przez zarząd spółki w trakcie i poza walnym zgromadzeniem, a także przedstawiania sprawozdania z działalności spółki oraz sprawozdania finansowego, które to dokumenty i informacje – zgodnie z art. 395 § 4 k.s.h. – powinny być wydane akcjonariuszom na ich żądanie na 15 dni przed zwyczajnym walnym zgromadzeniem oraz przedłożone zwyczajnemu walnemu zgromadzeniu oraz – zgodnie z art. 5 § 1 k.s.h. – ogłoszone w Monitorze Sądowym i Gospodarczym (dalej zwanym MSiG) i złożone w sądzie rejestrowym, istnieją jeszcze szczególne obowiązki wynikające z art. 56-68a OfertPublU⁷.

Szczególnie istotne wydaje się być zagadnienie związane z umieszczaniem informacji przez spółki na ich stronach internetowych: zarówno z punktu widzenia akcjonariuszy czynnych – z uwagi na ułatwienie wykonywania przez nich praw korporacyjnych, jak i akcjonariuszy biernych – dla których celem pozyskania informacji jest odpowiednie jej odzwierciedlenie w kursie papierów wartościowych emitenta. Jest to łatwy oraz stosunkowo mało kosztowny sposób dostępu do informacji dla szerokiej rzeszy akcjonariuszy. Możliwość pozostawania spółki w stałym kontakcie z otoczeniem w sposób znaczący przyspiesza uzyskiwanie informacji, zdecydowanie sprawniej niż by to wynikało z tradycyjnych metod komunikacji⁸.

3. Obowiązek prowadzenia stron internetowych przez spółki publiczne

Obowiązek prowadzenia korporacyjnych stron internetowych przez spółki publiczne został wprowadzony do k.s.h. na mocy ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r.⁹, w celu implementacji do porządku prawnego RP dyrektywy 2007/36/WE¹⁰. We wcześniejszym stanie prawnym za-

łowym, PUG 12/2010, s. 4; J. Bąk, K. Oplustil, *Ius cogens w prawie spółki akcyjnej – analiza prawno-ekonomiczna*, HUK 2/2007, s. 163.

⁶ K. Zalega, *Systemy corporate governance a efektywność zarządzania spółką kapitałową*, Warszawa 2003, s. 135.

⁷ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz.U. z 2005, Nr 184, poz. 1539).

⁸ Przestarzałą formą publikacji w MSiG czy nawet przekazywaniem informacji poprzez agencję informacyjną lub za pośrednictwem Komisji Nadzoru Finansowego.

⁹ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks Spółek Handlowych oraz ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2009, Nr 13, poz. 69), dalej: ustawa nowelizująca.

¹⁰ Dyrektywa 2007/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. w sprawie wykonywania

den z przepisów powszechnie obowiązującego prawa nie tworzył *expressis verbis* obowiązku prowadzenia strony internetowej¹¹. Stan ten był dalece niepożądany, albowiem w tym samym czasie wiele przepisów – zarówno k.s.h., jak i innych ustaw – nakładało na spółki publiczne obowiązek zamieszczania pewnych informacji na ich stronach internetowych. Dla przykładu art. 374 § 1 k.s.h. obligował spółki do zamieszczania informacji enumeratywnie wymienionych w tych przepisach na ich stronach internetowych, nie tworząc jednocześnie samego obowiązku prowadzenia takich stron¹². W piśmiennictwie przeważało stanowisko, że obowiązek zamieszczenia informacji aktualizował się tylko w przypadku, gdy dana spółka prowadziła stronę internetową¹³. Podobny problem stwarzał obowiązek zamieszczania na stronach www prospektów emisyjnych¹⁴ czy informacji poufnych¹⁵. Jednocześnie jedynej w zasadzie podstawy dla obowiązku utrzymywania strony internetowej można było doszukiwać się w pkt II.1 Dobrych Praktyk Spółek Notowanych na GPW z 2007 r.¹⁶, a także w ich kolejnych wersjach¹⁷. Z uwagi jednak na brak normatywnego charakteru¹⁸ Dobrych Praktyk jako aktu *soft law*, sytuacja taka mogła rodzić pewne wątpliwości. Jediną sankcją za niewywiązanie się spółki z tego obowiązku było zaktualizowanie się zasady *comply or explain*, a więc podanie do wiadomości uczestników rynku informacji o tym, jakie były okoliczności i przyczyny niezastosowania zasady oraz w jaki sposób emitent zamierza usunąć ewentualne tego skutki lub jakie kroki zamierza podjąć, by zmniejszyć ryzyko niezastosowania zasady w przyszłości (§ 29 ust. 3 Regulaminu Giełdy¹⁹).

Obecnie obowiązek prowadzenia strony internetowej jest wyrażony *expressis verbis* w art. 402³ § 1 k.s.h., zgodnie z którym „spółka publiczna prowadzi własną stronę interneto-

niektórych praw akcjonariuszy spółek notowanych na rynku regulowanym (Dz.U. UE z 2007, Nr L 184), dalej: Dyrektywa.

¹¹ Obowiązek taki wynikał jedynie z Dobrych Praktyk Spółek Notowanych na GPW, na ten temat por. w dalszej części artykułu.

¹² Por. np. J. Kołacz, *Prowadzenie internetowych stron korporacyjnych przez spółki publiczne – możliwość czy prawny obowiązek*, PSp. 3/2009, s. 43.

¹³ *Ibidem*, por. również powołane przez autorów tezy z piśmiennictwa: A. Kidyba, *Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz*, t. II, Warszawa 2007, s. 664 oraz M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 350.

¹⁴ Art. 47 ust. 3 OfertPublU.

¹⁵ Art. 56 ust. 2 OfertPublU.

¹⁶ Załącznik do Uchwały Rady Giełdy Nr 12/1170/2007 z dnia 4 lipca 2007 r., Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW, <http://corp-gov.gpw.pl/assets/library/polish/dobrepraktyki2007.pdf>, 10.05.2012.

¹⁷ Załącznik do Uchwały Rady Giełdy Nr 17/1249/2010 z dnia 19 maja 2010 r. Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW, <http://www.corp-gov.gpw.pl/assets/library/polish/publikacje/dpsn2010.pdf>, 10.05.2012; Załącznik do Uchwały Nr 20/1287/2011 Rady Giełdy z dnia 19 października 2011 r., http://www.corp-gov.gpw.pl/assets/library/polish/regulacje/dobre_praktyki_19_10_2011_final.pdf, 20.05.2012.

¹⁸ Por. K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warszawa 2010, s. 353 i nast., P. Sokal, *Wpływ prawa giełdowego na funkcjonowanie oraz uczestników giełdy*, PSp. 5/2009, s. 43–44, A. Wactawik, *Zasady Dobrych Praktyk w Spółkach Publicznych w 2002 r. Pozaustawowa regulacja zagadnień corporate governance a odpowiedzialność za przestrzeganie zasad ładu korporacyjnego*, TPP 4/2002, s. 20.

¹⁹ http://www.gpw.pl/pub/files/PDF/regulacje/regulamin_gpw.pdf, 12.05.2012.

wą”. Należy zasygnalizować, że choć w przypadku spółek publicznych regulacja ta ma szczególnie doniosłe znaczenie, z uwagi na rozszerzony katalog obowiązków informacyjnych, to pozostawia wątpliwość co do stosowania uprzednio przywołanego przepisu art. 374 § 1 k.s.h. O ile we wcześniejszym stanie prawnym brak legalnej podstawy ustawowej do prowadzenia strony internetowej, przy jednoczesnym istnieniu obowiązku zamieszczania na niej stosowanych informacji wynikających z przywołanego wyżej przepisu, mógł być interpretowany rozszerzająco i w drodze wykładni teleologicznej prowadzić do stwierdzenia obowiązku prowadzenia strony www, to obecnie argumentacja taka wydaje się być wykluczona. Skoro obowiązek ten istnieje tylko w stosunku do spółek publicznych, to – *a contrario* – nie istnieje w stosunku do spółek niepublicznych. Prowadzi to do wniosku, iż informacje wymienione w art. 374 § 1 k.s.h. będą zobowiązane publikować wszystkie spółki publiczne, natomiast spółki akcyjne niepubliczne tylko wtedy, jeżeli w rzeczywistości prowadzą stronę internetową. W przeciwnym razie obowiązek publikacji nie zaktualizuje się.

Wydaje się, że postulat *de lege ferenda* wprowadzenia obowiązku prowadzenia strony internetowej również przez spółki niepubliczne nie jest zbyt daleko idący. W dobie nowych technologii spółki niepubliczne i tak z reguły prowadzą stronę internetową. Wymóg ustawowy w tym zakresie byłby więc sprowadzony jedynie do zamieszczenia na stronie istotnych z punktu widzenia obecnych i ewentualnych przyszłych akcjonariuszy informacji.

3.1. Przekazanie informacji o zwołaniu walnego zgromadzenia na stronie internetowej spółki

Jedną z podstawowych funkcji wynikających wprost z k.s.h., jaką obecnie pełni strona internetowa emitenta, jest zamieszczanie na niej informacji związanych ze zwołaniem walnego zgromadzenia. Zgodnie z art. 402¹ § 1 k.s.h. walne zgromadzenie spółki publicznej zwołuje się przez ogłoszenie dokonywane na stronie internetowej spółki oraz w sposób określony dla przekazywania informacji bieżących zgodnie z przepisami OfertPublU. Stosownie natomiast do art. 402¹ § 2 k.s.h. ogłoszenie powinno być dokonane co najmniej na dwadzieścia sześć dni przed terminem walnego zgromadzenia. Przepis ten stanowi podstawę do obligatoryjnego zamieszczenia przez spółkę publiczną informacji o zwołaniu walnego zgromadzenia na jej stronie internetowej. Termin odbycia walnego zgromadzenia powinien zostać podany do wiadomości inwestorów na dwa sposoby. Po pierwsze, spółka ma obowiązek zamieścić informację o terminie odbycia WZ na swojej stronie www. Po drugie, spółka musi przekazać tę informację za pośrednictwem agencji informacyjnej²⁰. Nie można uznać za trafny pogląd, według

²⁰ Art. 58 § 1 OfertPublU: Emitent ma obowiązek przekazywania do publicznej wiadomości informacji, o których mowa w art. 56 ust. 1 i art. 70 pkt 1 i 3, za pośrednictwem jednej lub więcej osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, wskazanej w drodze decyzji Komisji, zwanej dalej „agencją informacyjną”.

którego termin ten jest zachowany, gdy ogłoszenie zostało dokonane tylko w drugi sposób²¹. Wynika to z brzmienia art. 402³ § 1 k.s.h., który nakłada obowiązek zamieszczenia na stronie internetowej spółki enumeratywnie wymienionych w tym przepisie informacji od dnia zwołania walnego zgromadzenia. Zwołanie następuje natomiast na 26 dni przed planowanym terminem walnego zgromadzenia, w praktyce więc informacje te będą musiały znaleźć się na stronie internetowej spółki najpóźniej dwudziestego szóstego dnia przed terminem walnego zgromadzenia. Ponadto okoliczność, że ustawodawca posłużył się w art. 402¹ § 1 k.s.h. koniunkcją zdań, wskazuje, że oba sposoby ogłoszenia są obligatoryjne²². Podanie informacji do wiadomości za pośrednictwem agencji informacyjnej nie zwalnia spółki od zamieszczenia jej na stronie www. Na takim stanowisku stanął również Sąd Najwyższy w uchwale z 17 grudnia 2010 r.²³, w której stwierdził:

odmowa zamieszczenia przez zarząd ogłoszenia, o którym mowa w art. 402¹ k.s.h., gdy z inicjatywą zwołania walnego zgromadzenia akcjonariuszy spółki publicznej występują akcjonariusze, na podstawie art. 399 § 3 k.s.h., oznacza niezwołanie przez zarząd walnego zgromadzenia, w rozumieniu art. 594 § 1 pkt 3 k.s.h.

Trzeba podkreślić, iż konsekwencją uchybień proceduralnych związanych z nieprawidłowym zwołaniem walnego zgromadzenia może być zaskarżenie podjętych na nim uchwał powództwem o stwierdzenie ich nieważności (art. 425 § 1 k.s.h.)²⁴, a nawet nieistnienie takich uchwał, jeśli przyjąć, iż w ogóle nie doszło do zwołania walnego zgromadzenia²⁵.

Istnieje również dodatkowa możliwość przekazania informacji dotyczących zwołania walnego zgromadzenia poprzez interfejs udostępniany zainteresowanym emitentom przez Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych. Uzyskanie dostępu do interfejsu wymaga wcześniejszego zawiadomienia KDPW o chęci uzyskania certyfikatu dostępu poprzez zgłoszenie odpowiedniego elektronicznego wniosku certyfikacyjnego²⁶. Przekazanie przez emitenta do

²¹ J. Bieniak [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawłocki, *Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 1210.

²² Tak słusznie: A. Kidyba, *Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz do art. 301-633*, t. II, Warszawa 2010, s. 545.

²³ Uchwała SN z dnia 17 grudnia 2010 r., III CZP 96/10, OSNC 2011/7-8/81, LEX nr 646789.

²⁴ Wyrok SN z dnia 19 września 2007 r., II CSK 165/07, *niepubl.* Pomimo wydania go na kanwie wcześniej obowiązujących przepisów (sprzed ustawy nowelizującej) zachowuje on w pełni swoją aktualność.

²⁵ Takie stanowisko zajął SN w wyroku z dnia 13 marca 1998 r., I CKN 563/97, OSNC 1998/12 poz. 205, w którym uznał, iż nie można mówić o podjęciu przez wspólników uchwały, gdy w ogóle nie doszło do zwołania, chociażby w sposób wadliwy, zgromadzenia wspólników, a uchwałę przegłosowało np. kilku wspólników, którzy zebraли się przypadkowo. Tak samo przyjął SN w wyroku z dnia 12 grudnia 2008 r., II CSK 278/08, *Legalis*, w którym na kanwie sprawy dotyczącej sp. z o.o. przyjął, iż „o uchwale nieistniejącej można mówić wtedy, gdy (...) w ogóle nie doszło do zwołania zgromadzenia wspólników”. Koncepcja „uchwał nieistniejących” jest w literaturze krytykowana, por. zamiast wielu S. Sołtysiński, *Czy „istnieją” uchwały „nieistniejące” zgromadzeń spółek kapitałowych i spółdzielni?*, PPH 2/2006, s. 4 i nast.

²⁶ § 84a Regulaminu KDPW oraz Tytuł czwarty, Dział 10 Szczegółowych Zasad Działania KDPW (§§ 192a-192g).

KDPW informacji o zwołaniu WZ powinno nastąpić niezwłocznie po przekazaniu raportu bieżącego w tej sprawie i umieszczeniu stosownych informacji na stronie internetowej, nie później niż w dniu następnym po dokonaniu ogłoszenia o zwołaniu walnego zgromadzenia²⁷.

Ze względu na brak jednoznacznej regulacji ustawowej spornym pozostaje końcowy termin, do którego spółka zobowiązana jest udostępniać na swojej stronie www informacje dotyczące zwołania WZ. Nie do końca przekonywający wydaje się być pogląd, iż powinny one znajdować się tam tylko do zakończenia walnego zgromadzenia. Część tych informacji może bowiem zostać wykorzystana w celu zaskarżenia uchwał walnego zgromadzenia. Z tego powodu należałoby przyjąć, iż informacje te, podobnie jak wyniki głosowania, powinny być zamieszczone na stronie internetowej spółki aż do upływu terminu do zaskarżenia uchwał (art. 421 § 4 zd. 2 k.s.h.). Także praktyka pokazuje, iż znakomita większość spółek notowanych na rynku regulowanym utrzymuje informacje związane ze zwołaniem walnych zgromadzeń (zarówno zwyczajnych, jak i nadzwyczajnych) przez okres kilkunastu miesięcy, a niektórzy emitenci dalece dłużej – nawet do kilku lat.

W terminie tygodnia od zakończenia walnego zgromadzenia spółka jest zobowiązana do zamieszczenia informacji o wynikach głosowań (art. 421 § 4 zd. 1 k.s.h.). Informacje te powinny znajdować się tam aż do czasu upływu terminu do zaskarżenia uchwały walnego zgromadzenia (art. 421 § 4 zd. 2 k.s.h.).

4. Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW w zakresie stron internetowych – stan i ocena

„Dobre Praktyki w spółkach publicznych” z lat 2002 i 2005²⁸ nie zawierały regulacji odnoszących się do stron internetowych emitentów. Taki stan rzeczy wynikał, jak się wydaje, po pierwsze z faktu postępującej dopiero informatyzacji społeczeństwa, a po drugie z naturalnej tendencji nienadążania regulacji prawnych za zmianami technologicznymi. Regulacje dotyczące korporacyjnych stron internetowych pojawiły się po raz pierwszy w „Dobrych Praktykach Spółek Notowanych na GPW” z 4 lipca 2007 r.

Dobre Praktyki w intencji twórców mają przyczyniać się do „umacniania i pogłębiania konkurencyjności” polskiego rynku kapitałowego poprzez poprawę „transparentności (...), jakości komunikacji spółek z inwestorami, wzmocnienie ochrony praw akcjonariuszy (...)”²⁹. Wymie-

²⁷ Organizacja walnego zgromadzenia Rekomendacje dla uczestników rynku – zmiany Kodeksu Spółek Handlowych po 3 sierpnia 2009 r. (wydanie drugie), s. 12, http://www.kdpw.pl/pl/KDPW/aktualnosci/News/Broszura_int_hi.pdf, 12.05.2012.

²⁸ Na temat historii regulacji Dobrych Praktyk oraz jej zakresu zob. zamiast wielu – K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru...*, s. 327 i nast.

²⁹ Cytaty pochodzą z Preambuli Dobrych Praktyk Spółek Notowanych na GPW.

nione cele nie mogą być osiągnięte bez wykorzystania nowoczesnych technologii. W związku z tym w Dobrych Praktykach znalazło się kilka zapisów mających za zadanie zarówno precyzować regulacje k.s.h., jak i promować zupełnie nowe rozwiązania, które mogą przyczyniać się do zwiększania efektywności informacyjnej.

Istotne jest, aby to właśnie Dobre Praktyki rozszerzały katalog obowiązków informacyjnych ponad to, co wynika z przepisów prawa materialnego.

4.1. Rozdział I Dobrych Praktyk Spółek Notowanych na GPW

Dobre Praktyki w punkcie I.1 zawierają zalecenia odnoszące się do prowadzenia przez spółki stron internetowych według określonego modelu oraz wzmacniania komunikacji z inwestorami w formie internetowej.

Zalecenie prowadzenia strony internetowej według określonego przez GPW modelu stanowi daleko idące rozszerzenie obowiązku ustawowego wynikającego z art. 402³ § 1 k.s.h., które należy ocenić pozytywnie. Istotne jest, aby inwestorzy mogli w łatwy sposób porównać informacje zamieszczone na stronach internetowych różnych spółek. Ujednolicony model strony internetowej w założeniu powinien pozwolić na szybkie i efektywne zapoznanie się z potrzebnymi danymi.

Rekomendacja dotycząca komunikacji z inwestorami z wykorzystaniem nowoczesnych metod w praktyce³⁰ sprowadza się przede wszystkim do wykorzystywania newsletterów, kanałów informacyjnych (RSS) oraz umożliwienia akcjonariuszom zadawania pytań, czy to poprzez specjalne do tego przeznaczone okno, czy też pocztę e-mail. Wiele spółek korzysta także z internetowego okna FAQ, które zawiera zbiór najczęściej zadawanych pytań i odpowiedzi.

Powyższe zapisy Sekcji I w myśl Preambuły nie są objęte działaniem zasady *comply or explain*³¹. Nie jest zatem jasna relacja tych zaleceń do pozostałych części Dobrych Praktyk. Powstaje pytanie, czy spółka dopełnia obowiązku złożenia oświadczenia o stosowaniu zasad ładu korporacyjnego, jeżeli nie odnosi się do Sekcji I Dobrych Praktyk.

Powyższą wątpliwość rozstrzyga sama regulacja Dobrych Praktyk. Zasady wyrażone w części I Dobrych Praktyk – podobnie jak zasady objęte częściami II, III i IV – są przedmiotem corocznych sprawozdań dotyczących postępowania w zakresie przestrzegania zasad ładu korporacyjnego, sporządzanych przez spółki giełdowe³². Spółka nie dopełnia więc obowiązku, jeżeli nie odnosi się do Sekcji I Dobrych Praktyk. Czym innym jest bowiem aktualizacja zasady *comply*

³⁰ Por. niżej wyniki przeprowadzonych badań.

³¹ Krytykują to rozwiązanie K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru...*, s. 336 oraz A. Opalski, *Nowe Dobre Praktyki w spółkach publicznych*, PPH 3/2008, s. 14.

³² Obowiązek zamieszczania oświadczenia w sprawie stosowania zasad ładu korporacyjnego na stronie internetowej emitenta wynika z Dobrych Praktyk – zasada II.1 pkt 13.

or explain, a czym innym obowiązek publikacji oświadczenia o stosowaniu zasad – wszystkich, a nie tylko tych, co do których Dobre Praktyki przewidują działanie powyższej zasady.

Należy również mieć na uwadze, że obecnie³³ obowiązek publikacji oświadczenia o stosowaniu zasad ładu korporacyjnego wynika także z przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Zgodnie z art. 49 ust. 2 pkt 8 Ustawy o rachunkowości³⁴ sprawozdanie z działalności jednostki, które sporządza się wraz z rocznym sprawozdaniem finansowym, powinno obejmować informacje dotyczące stosowania zasad ładu korporacyjnego w przypadku jednostek, których papiery wartościowe zostały dopuszczone do obrotu na jednym z rynków regulowanych Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Termin na sporządzenie sprawozdania z działalności jednostki wynosi 6 miesięcy od zakończenia roku obrotowego. Ponadto, zgodnie z § 91 ust. 5 pkt 4 lit. a-b InfBieżOkresR³⁵ w przypadku wszystkich emitentów, sprawozdanie z działalności emitenta zawiera stanowiące wyodrębnioną część tego sprawozdania oświadczenie o stosowaniu ładu korporacyjnego, które obejmuje przynajmniej następujące informacje:

- wskazanie zbioru zasad ładu korporacyjnego, któremu podlega emitent, oraz miejsca, gdzie tekst zbioru zasad jest publicznie dostępny (oraz w zakresie, w jakim emitent odstąpił od postanowień zbioru zasad ładu korporacyjnego wskazanie tych postanowień oraz wyjaśnienie przyczyn tego odstąpienia);
- wskazanie zbioru zasad ładu korporacyjnego, na którego stosowanie emitent mógł się zdecydować dobrowolnie, oraz miejsce, gdzie tekst zbioru jest publicznie dostępny (oraz w zakresie, w jakim emitent odstąpił od postanowień zbioru zasad ładu korporacyjnego, wskazanie tych postanowień oraz wyjaśnienie przyczyn tego odstąpienia);
- wskazanie wszelkich odpowiednich informacji dotyczących stosowanych przez emitenta praktyk w zakresie ładu korporacyjnego, wykraczających poza wymogi przewidziane prawem krajowym wraz z przedstawieniem informacji o stosowanych przez niego praktykach w zakresie ładu korporacyjnego.

4.2. Rozdział II Dobrych Praktyk Spółek Notowanych na GPW

Rozdział II Dobrych Praktyk, zatytułowany „Dobre praktyki realizowane przez zarządy spółek giełdowych”, odnosi się w ust. 1 wprost do tematu opracowania, wprowadzając wymóg prowadzenia strony internetowej spółki w określonym kształcie. Jak już wyżej wskazano, normatywną podstawą obowiązku prowadzenia korporacyjnych stron internetowych

³³ Art. 49 ust. 2 pkt 8 dodany przez art. 1 pkt 19 ustawy z dnia 18 marca 2008 r. (Dz. U. z 2008, Nr 69, poz. 393) zmieniający ustawę o rachunkowości z dniem 2 maja 2008 r., który ma zastosowanie po raz pierwszy do sprawozdań finansowych za rok obrotowy rozpoczynający się w 2008 r.

³⁴ Ustawa z dnia 2 września 2009 r. (Dz.U. z 2009, Nr 152, poz. 1223, tj.).

³⁵ Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie informacji bieżących i okresowych przekazywanych przez emitentów papierów wartościowych oraz warunków uznawania za równoważne informacji wymaganych przepisami prawa państwa niebędącego państwem członkowskim z dnia 19 lutego 2009 r. (Dz.U. z 2009, Nr 33, poz. 259).

jest art. 402³ § 1 k.s.h. Powołany przepis wprowadza katalog informacji, które muszą znaleźć się na stronie internetowej spółki. Wszystkie te informacje (o zwołaniu walnego zgromadzenia, liczbie akcji i głosów, projekty uchwał, formularze do głosowania korespondencyjnego) służą bezpośrednio zapewnieniu prawidłowego przebiegu walnego zgromadzenia spółki. W związku z tym słusznie Dobre Praktyki odwołują się do obowiązków związanych z udostępnianiem informacji oraz wprowadzają w tym zakresie regulację opartą na zasadzie *comply or explain*.

Informacje publikowane na podstawie zasady II.1, w podpunktach 1), 2), 6), 10), 11), 12), 14) stanowią z założenia źródło aktualnych i precyzyjnych danych na temat sytuacji spółki³⁶. Znajdziemy tutaj, istotne z punktu widzenia akcjonariuszy, rekomendacje dotyczące udostępniania danych o członkach organów spółki, podstawowych dokumentów korporacyjnych, tj. zwłaszcza statutu spółki i regulaminów organów, a także sprawozdania z działalności rady nadzorczej oraz oświadczenia o stosowaniu zasad ładu korporacyjnego.

Komunikacja z inwestorami wspierana jest także przez podpunkty 8) – informacja o powodach odwołania/przełożenia walnego zgromadzenia, 9) – informacja o przerwach w walnym zgromadzeniu.

Zasada II.2 wprowadza obowiązek prowadzenia wersji strony internetowej w języku angielskim przynajmniej w zakresie wynikającym z zasady II.1. Należy zaaprobować pogląd, że informacje w obu językach powinny być tożsame³⁷. Powstaje jednak wątpliwość, czy wymieniona zasada Dobrych Praktyk statuuje wymóg umieszczania dokumentów korporacyjnych (sprawozdań finansowych, raportów bieżących itd.) także w języku angielskim? Z punktu widzenia ewentualnych kosztów ponoszonych przez spółki wymóg taki wydaje się być nadmierny. Z drugiej jednak strony należy przyjąć, iż to właśnie te informacje stanowią podstawowe źródło wiedzy na temat spółki dla inwestorów zagranicznych. Sama informacja o opublikowaniu raportu zamieszczona w języku angielskim, bez przedstawienia treści raportu w tymże języku, poddaje w wątpliwość sens obowiązku prowadzenia angielskiej wersji strony internetowej.

5. Analiza wypełniania wybranych obowiązków informacyjnych przez spółki z indeksów WIG20, mWIG40, sWIG80 oraz z sektora przemysłu metalowego

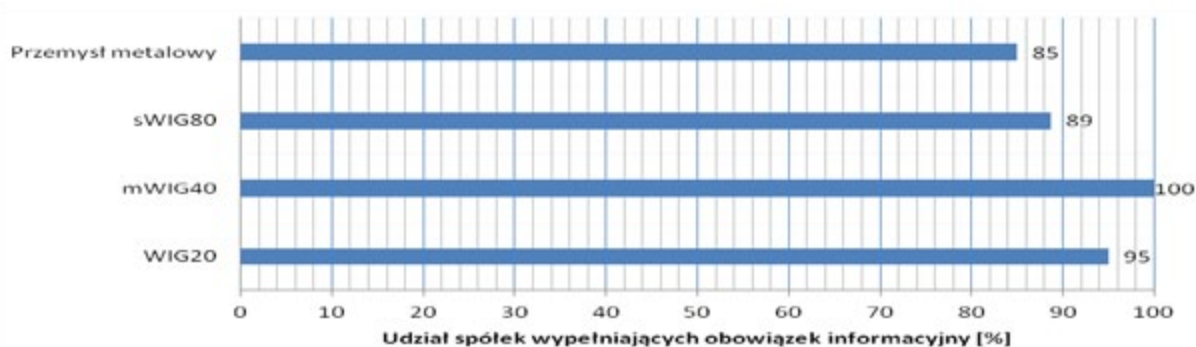
Badaniu przeprowadzonym w okresie od 21 października 2011 r. do 3 listopada 2011 r. zostały poddane spółki z indeksu WIG20, mWIG40, sWIG80 oraz dwadzieścia spółek z sektora

³⁶ K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru...*, s. 337; J. Kołacz, *op. cit.*, s. 42-43.

³⁷ *Ibidem*.

przemysłu metalowego, tj. w sumie 154 spółki³⁸. Po pierwsze, badane były podstawowe, ogólne informacje, takie jak zamieszczenie na stronie internetowej emitenta historii spółki, informacji o członkach zarządu i rady nadzorczej wraz z życiorysami. Po drugie, publikacja wybranych dokumentów korporacyjnych, tj. rocznego sprawozdania z działalności rady nadzorczej oraz oświadczenia o stosowaniu zasad ładu korporacyjnego. Wreszcie po trzecie, analiza dotyczyła obecnego poziomu komunikowania się spółki z otoczeniem za pomocą elektronicznych środków porozumiewania się na odległość, takich jak e-mail, RSS czy newsletter.

Pierwszym badanym zaleceniem jest podawanie przez spółki na swoich stronach internetowych informacji o kadrze menadżerskiej. *Prima facie*, mogłoby się wydawać, iż tak kluczowa z punktu widzenia akcjonariuszy informacja powinna być co do zasady zamieszczana na stronach internetowych emitentów. Analiza praktyki korporacyjnej ujawniła jednak braki w tym zakresie. Co ciekawsze, obowiązek ten wypełniają w 100% spółki z mWIG40, podczas gdy spółki z WIG20 zanotowały wynik na niższym poziomie wynoszącym 95%, podobnym do wyniku spółek z sWIG80 – 94%. We wszystkich niemalże spółkach widoczna jest również zależność w postaci tendencji to zamieszczania życiorysów zarządu i pomijania życiorysów rady nadzorczej, szczególnie w przypadku spółek z indeksu średnich spółek. Życiorysy zarządu zamieszcza na stronie 95% spółek z WIG20 oraz 89% spółek z sWIG80, natomiast życiorysy członków rady nadzorczej odpowiednio 85% – WIG20 oraz 78% – sWIG80. W przypadku spółek z sektora przemysłu metalowego, spory ich odsetek wywiązuje się z tego nakazu, tj. 85% spółek zamieszcza życiorysy członków zarządu, a 80% – członków rady nadzorczej.



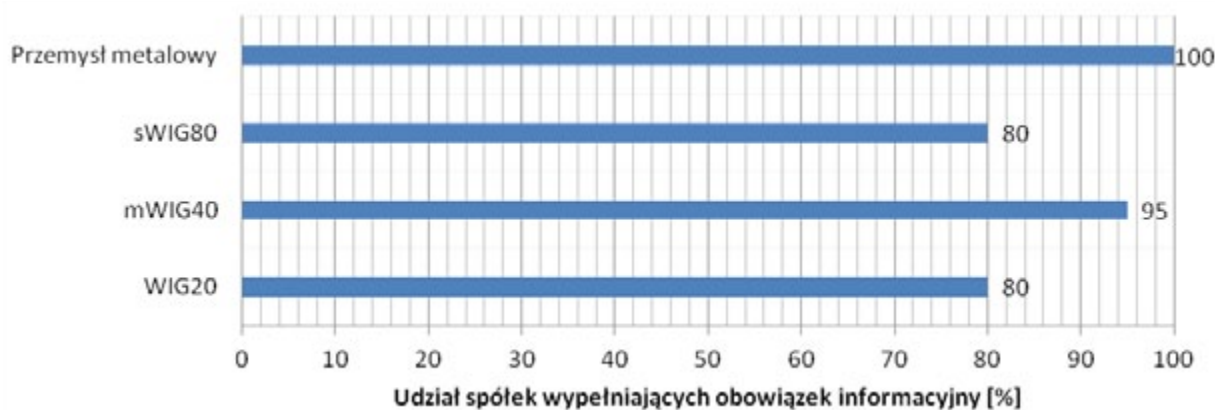
Wyk. 1. Publikacja życiorysów członków zarządu (oprac. własne).

³⁸ Sześć spółek branżowych związanych z sektorem przemysłu metalowego było równocześnie notowanych w pozostałych indeksach, stąd liczba poddanych badaniu spółek wyniosła ogółem 154.



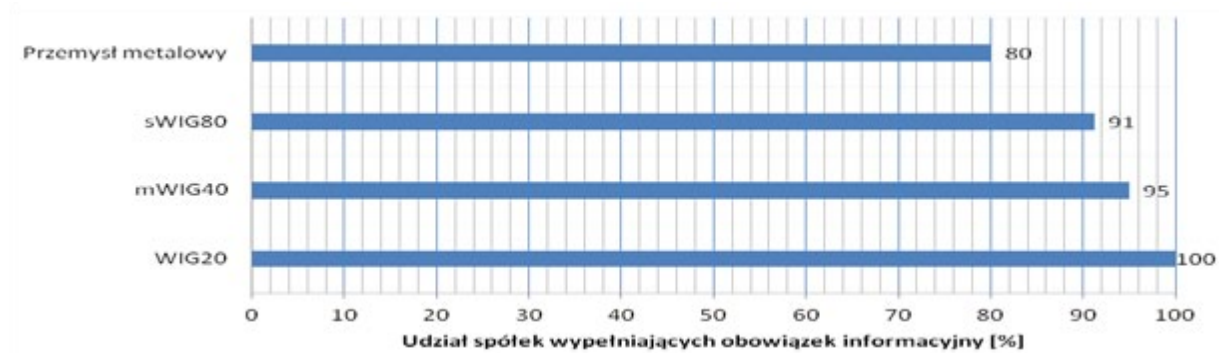
Wyk. 2. Publikacja życiorysów członków rady nadzorczej (oprac. własne).

Podobna sytuacja dotyczy podawania do wiadomości akcjonariuszy historii spółki. Szczegółowe omówienie tej kwestii może być pomocne dla podejmowania trafnej oceny fundamentalnej spółki. Nie jest więc zrozumiałe, dlaczego część emitentów rezygnuje z zamieszczenia tej informacji, pomimo iż jest ona jedną z podstawowych i nie wymaga praktycznie żadnego nakładu finansowego. W wyniku badania ustalono, iż 132 emitentów na przebadanych 154 zamieściło historię spółki na stronie internetowej (85%), w tym 100% spółek z sektora przemysłu metalowego. Udział procentowany kształtował się następująco: WIG20 – 80%, mWIG40 – 95%, sWIG80 – 80%.



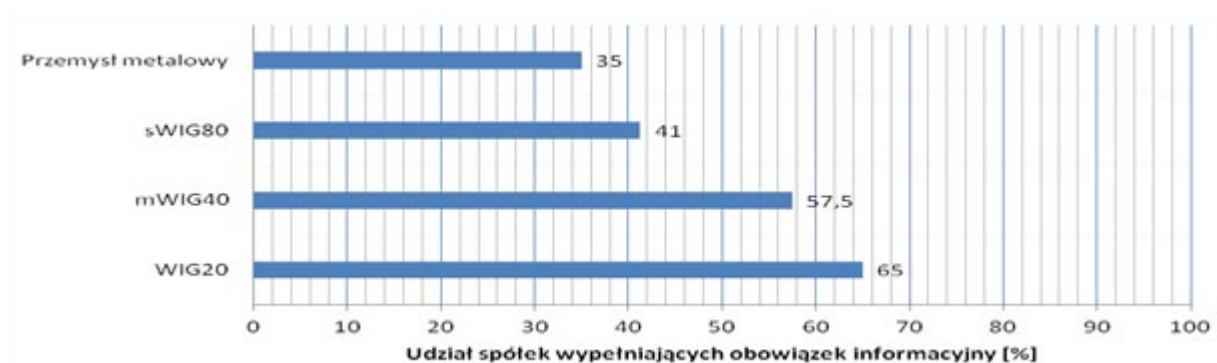
Wyk. 3. Publikacja historii spółki (oprac. własne).

Bardzo wysoki odsetek spółek prowadzi strony w języku angielskim. Ten wymóg nabiera szczególnego znaczenia w przypadku akcjonariuszy (inwestorów) zagranicznych. Zjawisko to należy ocenić bardzo pozytywnie.



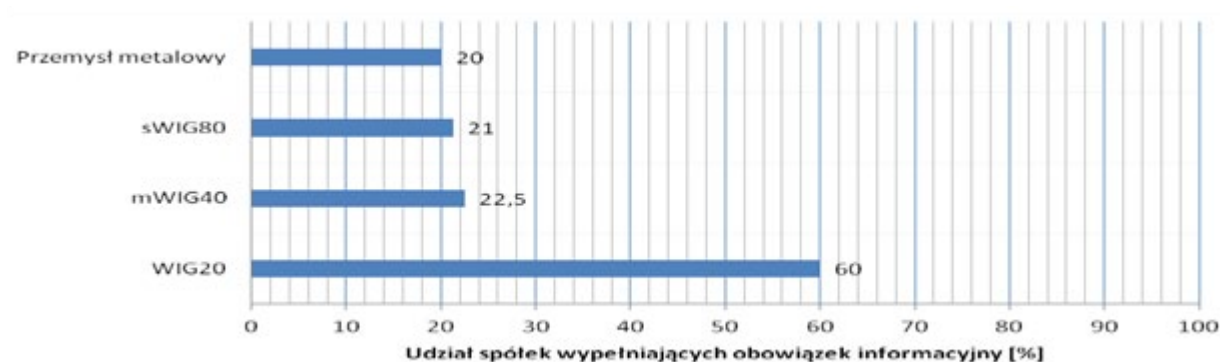
Wyk. 4. Prowadzenie strony internetowej w języku angielskim (oprac. własne).

W kontekście budowania dobrych relacji z inwestorami kluczowym zagadnieniem jest zapewnienie odpowiedniej z nimi komunikacji. W badaniu poddano analizie trzy podstawowe metody elektronicznego usprawniania kontaktów między akcjonariuszami a spółką. Dwie z nich – newsletter oraz RSS – można zaliczyć do metod pośredniego komunikowania. Polegają one na udostępnieniu zainteresowanym podmiotom najnowszych informacji płynących z otoczenia spółki, które podmiot ten będzie mógł otrzymywać na swój adres e-mail. W tym przypadku widoczna tendencja malejąca podkreśla zależność pomiędzy wykonywaniem obowiązku a przynależnością spółki do danego indeksu giełdowego. Nowa metoda RSS, polegająca na przysyłaniu nagłówków wiadomości i nowości na wybranych przez użytkownika RSS stronach, w zasadzie jest stosowana jedynie przez spółki z największego indeksu. Spora część emitentów udostępnia natomiast bezpośredni kontakt, czy to poprzez e-mail, czy specjalnie do tego wydzielone pole do zadawania pytań. Wynik w tym obszarze jest dalece satysfakcjonujący³⁹.

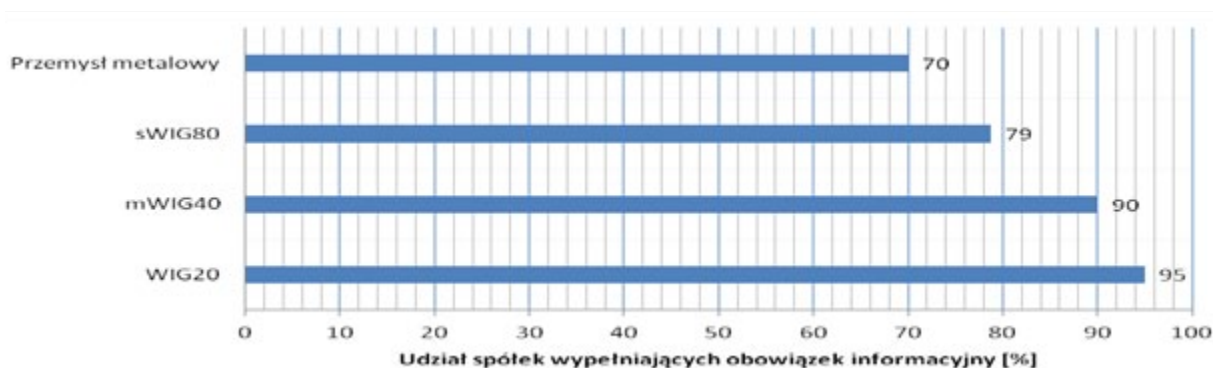


Wyk. 5. Udostępnienie newslettera (oprac. własne).

³⁹ Choć w badaniu nie uwzględniono, czy spółka w rzeczywistości odpowiada na przesyłane przez inwestorów zapytania.

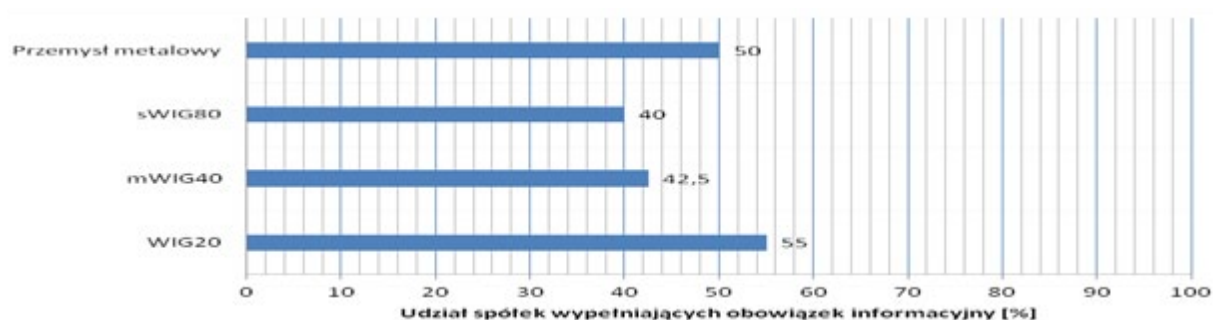


Wyk. 6. Udobępienie kanału komunikacji RSS (oprac. własne).



Wyk. 7. Udobępienie komunikacji elektronicznej: e-maila, okna do zadawania pytań (oprac. własne).

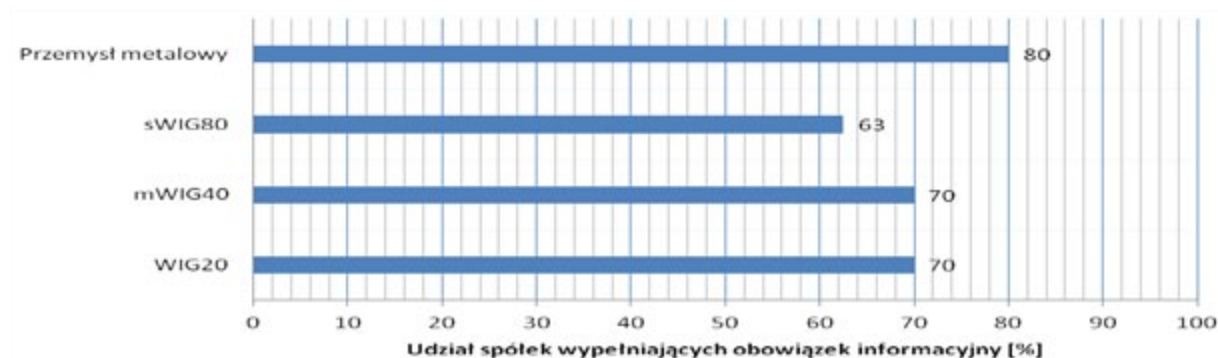
Szczególnie słaby wynik zanotowano natomiast w odniesieniu do publikowania sprawozdania z działalności rady nadzorczej – jest to najrzadziej wykonywany obowiązek spośród poddanych badaniu. Średnio tylko 47% spośród wszystkich poddanych badaniu spółek dokonało podsumowania pracy swojego organu nadzoru.



Wyk. 8. Publikacja rocznego sprawozdania z działalności rady nadzorczej (oprac. własne).

Najbardziej natomiast nieprzewidywalnym wynikiem przeprowadzonych badań jest niski procent spółek sporządzających sprawozdanie z przestrzegania zasad ładu korporacyjnego.

Spośród wszystkich 154 spółek, tylko 104 (68%) zamieściły oświadczenie na stronie www. Nawet w przypadku spółek z WIG20 – które zanotowały wynik na poziomie 70% – nie wydaje się on być wystarczającym. Dziewięć lat obowiązywania Dobrych Praktyk (kolejno Dobrych Praktyk w Spółkach Publicznych oraz Dobrych Praktyk Spółek Notowanych na GPW) nie jest najwyraźniej wystarczające do zmiany świadomości emitentów w zakresie prawidłowego funkcjonowania rynku kapitałowego w Polsce i wypracowania odpowiednio wysokiej kultury korporacyjnej.



Wyk. 9. Publikacja oświadczenia o stosowaniu zasad ładu korporacyjnego (oprac. własne).

6. Podsumowanie

W niniejszym opracowaniu postawiono sobie za cel zasygnalizowanie najważniejszych problemów związanych z prowadzeniem korporacyjnych stron internetowych. W związku z tym porównane zostały regulacje k.s.h. i Dobrych Praktyk Spółek Notowanych na GPW odnoszące się do omawianego zagadnienia. W kontekście obowiązków informacyjnych spółek publicznych szczególnie warto podkreślić, że kwestie nieuregulowane w aktach prawa powszechnie obowiązującego, a mające istotne znaczenie z punktu widzenia prawidłowych relacji inwestorskich, powinny znaleźć swoje miejsce w regulacji Dobrych Praktyk.

Przeprowadzone i zaprezentowane badania empiryczne pokazały, że większość spółek z największych indeksów (ale nie tylko – *vide* badania odnośnie spółek z sektora przemysłu metalowego) realizuje założenia Dobrych Praktyk. Wyniki odnotowane w zakresie podstawowych informacji przekazywanych rynkowi, takich jak historia spółki, informacja o członkach zarządu i rady nadzorczej wraz z życiorysami wydają się być zadowalające. Nie mniej istotne są rezultaty badania odnoszące się do udostępniania inwestorom narzędzi komunikacji elektronicznej. Oprócz typowego, internetowego środka porozumiewania się na odległość, jakim jest e-mail oraz okno do zadawania pytań, coraz więcej emitentów umożliwia śledzenie działalności spółek poprzez newslettery oraz kanały RSS. Cenną obserwacją jest fakt, że stopień komunikacji z inwestorami, przekłada się na płynność spółki – najlepsze wyniki

zanotowano w indeksie WIG20⁴⁰. Kluczowe dla poprawnych relacji inwestorskich, zwłaszcza w stosunku do inwestorów zagranicznych, jest prowadzenie strony www w języku angielskim, co również jest podejmowane przez zdecydowaną większość emitentów. Z punktu widzenia *corporate governance* nie znalazło odzwierciedlenia w praktyce korporacyjnej zamieszczanie oświadczeń o stosowaniu zasad ładu korporacyjnego. Odsetek spółek, które publikują sprawozdanie na stronach internetowych, wydaje się być ciągle zbyt niski.

⁴⁰ Pozostaje jednak wątpliwość, czy realizacja zasad Dobrych Praktyk jest przyczyną, czy skutkiem obecności spółki w indeksie WIG20.

Krytyka teorii moralnych opartych na prawach (*right-based theories*). Raz kontra Nozick

Wstęp

Kategoria uprawnień jest obecna w zachodniej tradycji od wieków. Jej upowszechnienie się w dwudziestym stuleciu doprowadziło do tego, że weszła ona na stałe również w obręb dyskursu filozofii politycznej. Uprawnienia zajęły centralne miejsce w dziełach wielu wybitnych myślicieli.

W 1971 roku światło dzienne ujrzała książka, która okazała się kamieniem milowym we współczesnej filozofii politycznej – *Teoria sprawiedliwości* Johna Rawlsa. Rawls postawił sobie za cel stworzenie alternatywnej wobec utylitaryzmu teorii sprawiedliwości. Zwieńczeniem jego rozważań było sformułowanie dwóch zasad sprawiedliwości o charakterze proceduralnym. W odpowiedzi na dzieło Rawlsa, które było filozoficznym uzasadnieniem państwa opiekuńczego, głos zabrał libertarianin Robert Nozick. W 1974 roku opowiedział się on za państwem minimalnym w głośnej książce *Anarchia, państwo, utopia*. Koncepcja Nozicka, podobnie jak Rawlsa, została zbudowana na paradygmacie prawniczym, a jednym z jej najważniejszych elementów były uprawnienia.

Zjawisko przemożnego wpływu prawniczego wzorca na filozofię polityczną zaakcentował między innymi John Gray. W książce *Two Faces of Liberalism* Gray zaliczył obu wspomnianych filozofów do liberalnych legalistów, myślicieli, którzy posługują się szeroko ideami fundamentalnych uprawnień i wolności. Odwołajmy się wprost do rozważań filozofa:

^{1*} Autor jest studentem V roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Dla Rawlsa, tak jak i dla Ronalda Dworkina, Friedricha A. Hayeka i dla Roberta Nozicka, filozofia polityczna jest częścią filozofii prawa – częścią, która dotyczy sprawiedliwości i podstawowych praw. Celem filozofii politycznej jest stworzenie idealnej konstytucji, mającej zasadniczo uniwersalne zastosowanie, która określa ustalone ramy podstawowych swobód i praw człowieka. Te ramy określają warunki – jedyne warunki – na których odmienne sposoby życia mogą ze sobą koegzystować².

Prymat filozofii prawa nad filozofią polityki znakomicie obrazuje to, że Nozick wyraził swoją koncepcję państwa minimalnego za pomocą pojęcia praw (*rights*) i związanych z nimi ograniczeń zewnętrznych (*side constraints*). Stworzył on również uprawnieniową teorię sprawiedliwości (*entitlement theory*), zwaną również teorią legalistyczną.

Osią Nozickowskiego spojrzenia na moralność jest koncepcja ograniczeń zewnętrznych. Owe ograniczenia wspierają się na Kantowskiej zasadzie, wedle której człowiek jest celem, a nie środkiem, wobec tego bez jego zgody nie można go poświęcić ani wykorzystać do swoich celów. Niezależnie od doniosłości zamysłów, jednostki są w swoim działaniu zewnętrznie ograniczone. Jest to wyraz nienaruszalności innych ludzi.

Jednym z takich ograniczeń, najważniejszym, jest libertariańskie ograniczenie zewnętrzne, które zabrania stosowania przemocy wobec innych osób. Źródłem owych ograniczeń są przyśługujące ludziom prawa. To właśnie one wyznaczają nieprzekraczalną granicę ludzkich działań. Taki pogląd na moralność przesądza o kształcie teorii sprawiedliwości – Nozick formułuje teorię uprawnieniową, według której sprawiedliwe jest to, co zostało w sprawiedliwy sposób nabyte lub przekazane. Przechodząc na grunt jego rozważań na temat moralności, sprawiedliwe jest takie działanie, które nie naruszyło ograniczeń zewnętrznych.

Czytelnik *Anarchii, państwa, utopii* może jednak żywić wątpliwość, czy Nozickowi chodzi o moralność czy tylko o pewne dyrektywy wysuwane względem systemu prawnego. Niech rozwieje ją sam libertarianin:

trzeba postawić pytanie, czy wszystkie działania, które ludzie muszą podjąć dla ustanowienia i utrzymywania państwa, są same w sobie dopuszczalne moralnie. Niektórzy anarchiści utrzymują, że nie tylko powodziłoby się nam lepiej bez państwa, lecz że każde państwo w sposób nieunikniony narusza ludzkie prawa moralne, a zatem jest immanentnie niemoralne. Nasz punkt wyjścia więc, chociaż apolityczny, jest co do intencji daleki od amoralizmu³.

Filozof jednoznacznie określa, że jego rozważania dotyczą właśnie moralności.

² J. Gray, *Two Faces of Liberalism*, Cambridge 2000, s. 14.

³ R. Nozick, *Anarchia, państwo, utopia*, Warszawa 1999, s. 19.

Światło na tego rodzaju koncepcje rzuca Joseph Raz, który w dziele pod tytułem *The Morality of Freedom* wydanym w 1986 roku, rozpoznaje niektóre stanowiska etyczne jako moralność opartą na prawach (*right-based moralities*). Filozof podaje cechy, które jego zdaniem wyróżniają moralność opartą na prawach:

Wyobraźmy sobie teorię moralną, której fundamentalne zasady głoszą, że pewne jednostki mają pewne prawa. Są one [prawa] jej [teorii moralnej] podstawowymi zasadami, gdyż po pierwsze, nie czerpią swojego uzasadnienia z innych zasad moralnych, i po drugie, wszystkie ważne poglądy moralne dają się z nich wyprowadzić (istnieją pewne dodatkowe założenia, z których nie wynikają żadne wnioski o moralności)⁴.

Koncepcja Nozicka, zgodnie z którą moralne jest takie działanie, które nie narusza praw jednostek, wydaje się być modelowym wręcz przykładem moralności opartej na prawach.

Raz rozpoczyna od rozważań na temat natury praw (*rights*). Niebezpieczeństwem jest nazywanie wszystkiego, co przedstawia jakąś wartość, prawem – ostrzega filozof. Raz dzieli prawa na pierwotne (*core*) i pochodne (*derivative*). Oznacza to tyle, że te drugie mają postawę w innych prawach, natomiast prawa pierwotne nie. Wśród praw pierwotnych Raz wymienia między innymi wolność osobistą i wolność słowa.

Zdaniem Raza nieodłączną cechą każdego prawa jest to, że wynika ono z interesu (*interest*) posiadającego go podmiotu i służy zabezpieczeniu tegoż interesu. Prawo działa w szczególny sposób, bowiem zabezpieczenie korzyści jego posiadacza dokonuje się poprzez obarczenie innych podmiotów obowiązkami (*duties*). Właśnie dlatego prawa jednych łączą się z obowiązkami innych. Jedno prawo może być podstawą wielu obowiązków, które zależą od okoliczności. Przytoczmy wypowiedź samego Raza:

Podsumujmy. Prawa dają podstawę obowiązkom. Nie oznacza to, że wszystkie obowiązki pochodzą od praw, albo że moralność jest oparta na prawach. Zaledwie podkreślam pierwszeństwo praw nad niektórymi obowiązkami i dynamiczny aspekt praw, ich zdolność do generowania nowych obowiązków wraz ze zmianą okoliczności⁵.

Jednocześnie na jednostce często ciąży obowiązek określonego zachowania niepowiązany z żadnym prawem. Oznacza to, że nie wszystkie obowiązki wywodzą się z praw. Prawa stanowią o obowiązkach jednostek, ale tylko w zakresie, w którym nie ma przeciwnych względów większej wagi. Jak pisze filozof: „W pojęcie prawa nie jest wpisane to, iż prawa mają

⁴ J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, s. 194.

⁵ *Ibidem*, s. 186.

wielkie znaczenie lub ważność. Niektóre prawa mogą być absolutne, inne mogą mieć niewielkie znaczenie”⁶.

Z uwagi na fakt, że źródłem praw są interesy ludzi, oraz że istnieją również inne interesy ludzi nieukonstytuowane przez prawa, nie można przyjąć, że prawa zawsze są wobec nich nadrzędne. Podsumowując rozważania na temat korelacji praw i moralności, warto sięgnąć wprost do rozważań Raza:

Zgodnie z naszą rekonstrukcją szczególne cechy praw to: fakt, że mają swe źródło w jednostkowym interesie, oraz ich moc władcza, znajdująca odzwierciedlenie w tym, że są one wystarczające, aby nakładać na ludzi obowiązki. W tym sensie prawa odgrywają wyraźną i ważną rolę względem moralności. Ale jest to także rola wyspecjalizowana, nie kompleksowa. Mają swój wkład jako charakterystyczny typ rozważań moralnych, nie jako podstawa dla wszystkich rozważań moralnych⁷.

Tymczasem, jak zauważa filozof, niektórzy myśliciele twierdzą, że prawa są lub też powinny być jedyną i kompletną podstawą moralności. Raz kategorycznie się z tym nie zgadza. Jego zdaniem, jeśli w ogóle można określić podstawę moralności, będą się na nią składać między innymi obowiązki, cele i cnoty. Filozof rozpoczyna od wskazania na pewne intuicyjne problemy teorii moralnych opartych na prawach.

Po pierwsze, jak wskazuje Raz, większość myślicieli nie używa pojęć „powinność” (*ought*) i „obowiązek” (*duty*) zamiennie. Oznacza to, że identyfikują oni różnicę w ich znaczeniach. Czasem uważa się, że obowiązek danego postępowania jest po prostu silniejszą formą powinności. Raz sądzi, że obowiązek to tylko pewna szczególna forma skłonienia ludzi do powinnego zachowania:

Obowiązki nie są racjami dla działań wielkiej wagi. Są specjalnym rodzajem wymogów dla działań tak samo jak autorytatywne polecenia, choć niekoniecznie są ważniejsze niż inne racje, mają szczególną moc władczą. Moralności oparte na prawach składają się z praw i tych szczególnych racji dla działania, które zwiemy obowiązkami⁸.

Obowiązek nie zawsze jest powinnością najwyższej wagi. Przytoczmy następujący kontekst sytuacyjny. Jeśli zarejestruję się na egzamin na uniwersytecie, mam obowiązek się na nim pojawić. Sankcją za nieobecność będzie utrata terminu. Natomiast gdy bliska mi osoba ciężko zachoruje, powinienem się nią zaopiekować (jakkolwiek nie ciąży na mnie sprecyzowany obowiązek). Kiedy oba te wydarzenia, egzamin oraz poważna choroba bliskiego, zbiegną

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*, s. 192.

⁸ *Ibidem*, s. 195.

się w czasie, obowiązek obecności na egzaminie wcale nie dominuje nad powinnością opieki. Być może nawet zdecyduję się poświęcić pierwsze z nich dla drugiego tym bardziej że zawsze jest jeszcze termin poprawkowy, na którym być może uda mi się pojawić.

Raz wskazuje, że teorie moralne oparte na prawach są oderwane od rzeczywistości. Nie przystają do niej w tym sensie, że nie przyznają żadnej moralnej wagi racjom dla naszych codziennych działań. Prawa są zawsze związane z obowiązkami. Racje dla działań, których nie można zaliczyć do obowiązków, wymykają się więc teoriom moralnym opartym na prawach.

Po drugie, teorie moralne oparte na prawach są ułomne, ponieważ moralność sprowadza się wedle nich do przestrzegania praw. Dlatego wszelkie działania wykraczające ponad to, nie mają na ich gruncie wymiaru moralnego. Zgodnie z teoriami moralnymi opartymi na prawach, nie ma żadnej różnicy między bohaterstwem – nieobowiązkowym działaniem, które wedle wszelkich intuicji jest moralnie pożądane – a zwyczajnym przestrzeganiem prawa.

Wyobraźmy sobie, że udało się skonstruować kamerę podobną do kamery termowizyjnej. Jej szczególna właściwość polega na tym, że kolor obiektów na obrazie emitowanym przez taką kamerę odpowiada nie temperaturze tych obiektów, tylko ich moralności. Teraz wyobraźmy sobie, że to urządzenie obrazuje moralny aspekt zachowań zgodnie z koncepcją moralności opartej na prawach. Niech kolor czerwony oznacza ich naruszenie. Gdybyśmy skierowali taką kamerę na ruchliwą ulicę, w jaskrawych kolorach zobaczylibyśmy złodzieja, który ukradł jakiejś kobiecie torebkę, pasażerów jadących tramwajem na gapę, mężczyznę, który napadł kogoś w bramie, człowieka, który jedzie na właśnie skradzionym rowerze.

Ważniejsze jest jednak to, czego taka kamera nie mogłaby nam pokazać. Mężczyzna, który goni złodzieja torebki, po czym zwraca własność kobiecie, pozostałby niezauważony. Podobnie byłoby z przechodniem, który decyduje się kupić żebrakowi obiad, oraz z dziewczyną, która przeprowadza staruszkę przez pasy. Wydaje się, że wszyscy, którzy nie naruszają prawa (zakładam, że takie osoby by się znalazły), na ekranie kamery byłiby pokazani w identycznym odcieniu tej samej barwy. Ich zachowania jawią się jako tożsame w świetle teorii moralnych opartych na prawach.

Na ludziach nie ciąży wynikający z praw innych ludzi obowiązek zachowań ponadprogramowych. A jednak niektórzy z nas od czasu do czasu je podejmują. Teorie moralne oparte na prawach ich nie dostrzegają. Można zadać sobie pytanie, czy niektóre z takich teorii nie są zero-jedynkowe w tym sensie, że wszystkie osoby w jakikolwiek sposób naruszające prawo również byłyby przez nie traktowane tak samo. Załóżmy jednak, że tak być nie musi, że na obrazie z kamery osoby naruszające prawo pokazane byłyby w całej skali ciepłych barw, od żółtego, przez pomarańczowy, czerwony, do czarnego, co odzwierciedlałoby stopień naruszenia przez nich czyjegoś prawa. Zapewne tak właśnie wyglądałby obraz z kamery, gdyby oceniała ona moralność na podstawie koncepcji Nozicka. Do takiego wniosku prowadzi chociażby przywołanie trzeciego punktu sformułowanej przez niego teorii uprawnieniowej. Wynika z niego obowiązek naprawy niesprawiedliwości udziałów. Libertarianin, co zrozumiałe, twierdzi, że naprawa powinna być

proporcjonalna do wyrządzonej szkody; tym samym stopniuje on naruszanie praw według kryterium rozmiarów szkody poniesionej w wyniku bezprawnego działania.

Teorie moralne oparte na prawach nie uwzględniają bohaterstwa, co jest sprzeczne z podstawowymi intuicjami moralnymi. Gdyby nasza kamera posługiwała się bliższą rzeczywistości teorią moralną, zobaczylibyśmy dzięki niej świat we wszystkich kolorach, jakie znamy. Z tłumu wyróżniałby się i złodziej, i bohater. Taki zróżnicowany i wieloaspektowy obraz moralności jest mi (oraz jak sądzę większości ludzi) zdecydowanie bliższy.

Po trzecie, jak wskazuje Raz, koncepcje moralne oparte na prawach, nie są w stanie poddać ocenie moralnej cnoty, samodoskonalenia czy pracy nad sobą. Powód takiego stanu rzeczy jest podobny jak w przypadku przedstawionych powyżej zarzutów. Te pojęcia nie mieszczą się w zasięgu moralności opartej na prawach: „Żadna z powszechnie uznanych cnót i moralnie istotnych form doskonalenia nie wyraża się w wywiązywaniu się z obowiązków lub byciu skłonny do wypełnienia ich”⁹. Cnota ani samodoskonalenie nie mają bowiem nic wspólnego z obowiązkiem czy zobowiązaniem, ani tym bardziej nie wynikają z praw innych ludzi. Szczerość jest cnotą powiązaną z obowiązkiem powstrzymania się od kłamstwa i oszustwa, jednak ten obowiązek nie wyczerpuje szczerości w całości. Człowiek wybitnie szczery robi znacznie więcej niż wymaga tego od niego obowiązek, aby uniknąć wprowadzenia innych w błąd.

Powyższe trzy zarzuty w istocie są ze sobą ściśle powiązane. Zwolennik teorii moralności opartej na prawach może odpowiedzieć, że można wyprowadzić kolejne prawa pochodne względem już istniejących, które dadzą podstawę kolejnym obowiązkom. W konsekwencji, może on utrzymywać, że w ten sposób każdemu zachowaniu można nadać pewne znaczenie moralne. Raz odpowiada, że mimo wszystko teoria, która dopuszcza istnienie obowiązków, musi dopuszczać istnienie racji dla działań, które nie są obowiązkami, a to dlatego, że obowiązki nie są przechodnie wobec działań, których wymagają do swojego spełnienia. Sięgnijmy do rozumowania myśliciela:

Jeśli mam powód, żeby przynieść ci szklankę wody, mam też powód, żeby pójść do kuchni, wziąć szklankę i napełnić ją wodą. Ale nawet jeśli mam obowiązek być w Londynie o północy, nie pociąga to za sobą tego, że mam obowiązek wsiąść do pociągu o dziesiątej wieczorem, nawet jeśli ten pociąg zawióztby mnie do Londynu o północy. Pod tym względem prawa są jak obowiązki¹⁰.

Raz chce przez to powiedzieć, że osoba zobowiązana ma pewne racje, żeby powziąć określone działania pozwalające na wywiązanie się z ciążącego na niej obowiązku, które to racje

⁹ *Ibidem*, s. 196.

¹⁰ *Ibidem*, s. 197.

same w sobie nie są obowiązkami. Racje te nie są w moralności ani trochę mniej istotne niż obowiązki.

Dodam od siebie, że aby objąć swoją teorią wszystkie relewantne moralnie zachowania, co pozwala na uzyskanie na obrazie naszej kamery bogactwa kolorów odpowiadającego rzeczywistości etycznej, zwolennik moralności opartej na prawach musiałby stworzyć nowe prawa pochodne, a tym samym wynikające z nich obowiązki. Być może dzięki temu każde zachowanie można byłoby umieścić na pewnej skali moralności obejmującej swym zasięgiem wszystkie inne działania, a bohater odróżniałby się wreszcie od uczennicy kupującej w sklepie pączka. Na obrazie z naszej kamery zobaczylibyśmy jednak wtedy coś zaskakującego, mianowicie wszyscy ludzie zostaliby pokazani w jakimś odcieniu czerwieni, co oznaczałoby, że w większym lub mniejszym stopniu naruszają oni prawa.

Raz zauważa, że teorie moralne oparte na prawach zwykle są jednocześnie indywidualistyczne. Oznacza to, że takie teorie nie przypisują dobrom kolektywnym żadnej wartości. Osąd ten wydaje się być trafny w odniesieniu do Nozicka, który przyznaje wprost, że dobro społeczne jest tylko mirażem, za którym stoją interesy jednostek:

Dlaczego zatem analogicznie nie uznać, że niektórzy, w imię ogólnego dobra społecznego, muszą płacić pewną cenę, kiedy zapewnia to większą korzyść innym? Ale to nie jest tak, że jakiś byt społeczny z własnego dobra płaci za własne dobro. Istnieją tylko ludzie, konkretni ludzie i ich indywidualne życie. Kiedy poświęca się kogokolwiek dla dobra innych, wykorzystuje się go, a korzyść odnoszą inni. Nic więcej. To tyle i tylko tyle, co wykorzystanie jednego dla dobra kogoś innego, innych. Kiedy mówi się o jakimś ogólnym dobru społecznym, jedynie maskuje to sytuację. (Celowo?) Poświęcenie się kimś w ten sposób nie bierze jak należy w rachubę tego, że jest to człowiek, że to, że żyje, jest wszystkim, co ma [podkreślenie autora]. To nie jednostka jako taka zdobywa w zamian za swe poświęcenie jakieś większe dobro i nikt nie ma prawa zmuszać jej do takiego poświęcenia, a najmniej ze wszystkich państwo czy władza polityczna, która rości sobie prawo do zwierzchnictwa nad nim (jednostki nie wysuwają takich roszczeń) i która zatem sumiennie pilnować musi własnej neutralności w stosunku do tych, którzy jej podlegają¹¹.

Raz definiuje dobra publiczne następująco: „Dobro jest dobrem publicznym w danym społeczeństwie, jeśli dystrybucja korzyści z tego dobra w tym społeczeństwie nie jest przedmiotem dobrowolnej kontroli przez nikogo innego niż każdy potencjalny beneficjent kontrolujący swoje udziały w korzyściach”¹². Zrozumienie tej definicji ułatwi następujący przykład. Wśród dóbr publicznych Raz wymienia czyste powietrze. Jeśli w moim miejscu zamieszkania jest czyste powietrze, tylko i wyłącznie ode mnie zależy czy będę z niego korzystał czy nie. W każdej

¹¹ R. Nozick, *op. cit.*, s. 50.

¹² J. Raz, *op. cit.*, s. 198.

chwili mogę otworzyć okno swojego mieszkania lub wyjść na zewnątrz i zaczerpnąć czystego powietrza. Jednocześnie nie mogę w żaden sposób wpłynąć na to, że z czystego powietrza jednocześnie będzie korzystał mój sąsiad mieszkający kilka domów dalej. Jeśli już mamy dostęp do danego dobra, dzielimy je wszyscy, a jeśli to dobro utracimy, również utracimy je wszyscy.

Filozof skupia się na pewnej szczególnej kategorii dóbr publicznych, które określa mianem dóbr kolektywnych. Zalicza do nich generalne, korzystne z perspektywy jednostki cechy społeczeństwa. Wymienia wśród nich między innymi tolerancję, wysoki poziom wykształcenia i dostęp do dóbr kultury. Niektóre z dóbr kolektywnych są wartością samą w sobie. Raz broni tezy, że dobra te są nie mniej ważne od indywidualnych praw:

Moja korzyść [*interest*] z życia w zamożnym, wykształconym, tolerancyjnym i pięknym otoczeniu [*environment*] leży w moim najwyższym interesie. Jest nawet ważniejsza od wielu aspektów mojej integralności cielesnej, którą inni mają obowiązek respektować. Różnica jest taka, że zachowanie dóbr kolektywnych (...) nakłada ograniczenia na zachowanie przeważającej części społeczeństwa w kwestiach, które głęboko wpływają na ludzi. Trudno wyobrazić sobie przekonujący argument nakładający obowiązek zapewnienia dóbr kolektywnych na tej podstawie, że przysłuży się to pomysłowości jednostki¹³.

Raz zauważa, że zwolennicy indywidualizmu moralnego odrzucającego istnienie wartościowych dóbr kolektywnych, zwykle wysoko cenią autonomię jednostek. Na podobnym stanowisku stoi Nozick: „Na czym polega doniosłość moralna tej dodatkowej zdolności tworzenia całościowego obrazu własnego życia (lub przynajmniej istotnych jego fragmentów) i działania na gruncie ogólnej koncepcji życia, jakie pragnie się prowadzić? Dlaczego nie mieszać się w to, jak inny kształtuje własne życie?”¹⁴ – pyta Nozick. Odpowiedzi udziela kilka wersów dalej:

Przypuszczam, że odpowiedź wiąże się z tym trudnym i wymykającym się pojęciem, jakim jest pojęcie sensu życia. Kształtowanie własnego życia w myśl pewnego ogólnego planu jest sposobem nadawania mu sensu; tylko byt zdolny kształtować własne życie może żyć lub usiłować żyć sensownie¹⁵.

Autonomia jednostek oraz ich zdolność do kreowania własnej ścieżki życiowej są zdaniem libertarianina podstawą szczególnej wartości, jaką przedstawia życie ludzkie. Nozick jest więc autorem, który przypisuje autonomii jednostki centralną wartość. Jednocześnie reprezentuje

¹³ *Ibidem*, s. 203.

¹⁴ R. Nozick, *op. cit.*, s. 69.

¹⁵ *Ibidem*, s. 70.

on daleko posunięty indywidualizm moralny, odrzucając dobro społeczne jako maskę, pod którą w istocie rzeczy kryją się partykularne interesy jednostek.

Zdaniem Raza, który sam uważa autonomię osobistą za jedną z centralnych wartości, jednak podkreśla również wartość dóbr kolektywnych, taki zespół poglądów obarczony jest poważnym błędem. Niektóre dobra kolektywne są bardzo ważne dla rozwoju autonomii jednostek, utrzymuje Raz. Autonomia człowieka polega między innymi na tym, że jest on autorem swojej drogi życiowej, że podejmuje decyzje i kreuje swoją sytuację, wybierając spośród dostępnych możliwości. Szerszy wachlarz wartościowych możliwości sprawia, że człowiek może być potencjalnie bardziej autonomiczny. O sytuacji jednostki przesądza więc nie tylko jej położenie w danym momencie, ale także będące w jej zasięgu możliwości. Człowiek jest jednostką autonomiczną tylko o tyle, o ile ma do dyspozycji pewien zakres wartościowych opcji. Wybierając spośród nich, może wieść autonomiczne życie. Osoba pozbawiona możliwości wyboru nie jest autonomiczna:

Jeśli prowadzenie autonomicznego życia jest wartością ostateczną [*ultimate value*], to posiadanie wystarczającego zakresu akceptowalnych opcji jest wartością samą w sobie, gdyż do prowadzenia autonomicznego życia niezbędna jest dostępność akceptowalnych alternatyw. Alternatywy muszą być do zaakceptowania, jeśli dane życie ma być autonomiczne. Osoba, której każda istotna decyzja była wymuszona przez czyhające na jej życie zagrożenia lub niebezpieczeństwa, które mogłyby uczynić jej życie niemożliwym, nie wiodła autonomicznego życia. To samo tyczy się osoby, która spędziła całe swoje życie, walcząc z głodem i chorobami, i nie miała szansy osiągnąć niczego więcej niż pozostanie przy życiu¹⁶.

Raz przekonuje, że możliwości, które się przed nami otwierają, są uzależnione od różnych okoliczności życiowych, w tym od warunków społecznych, w których przychodzi nam żyć. Człowiek nie może wybrać kariery adwokata, chirurga lub kaznodziei we wspólnocie, w której nie funkcjonują te profesje oraz warunkujące je instytucje. Przynajmniej niektóre z okoliczności społecznych, które gwarantują możliwości wyboru, są dobrami kolektywnymi. Idea autonomii jednostki prowadzi do uznania pewnych dóbr kolektywnych za wartościowe. Takim podstawowym dobrem kolektywnym jest życie w społeczeństwie ludzkim.

Okazuje się więc, że koncepcja autonomii jednostki jest nie do pogodzenia z indywidualizmem moralnym. Indywidualista moralny, który jest zwolennikiem moralności opartej na prawach, mógłby powiedzieć, że z powyższego stanu rzeczy wywieść można istnienie praw pochodnych względem pewnych dóbr kolektywnych. Raz uważa powyższy pogląd za błędny. Choć autonomiczne życie może leżeć w interesie człowieka – tym samym w jego interesie może być przetrwanie społeczeństwa, w którym istnieją prawnicy, architekci, chirurdzy

¹⁶ J. Raz, *op. cit.*, s. 205.

i monogamiczne małżeństwa – to fakt ten nie konstytuuje praw, gdyż nie wiąże się z nałożeniem na innych ludzi obowiązku zapewnienia społeczeństwa, które to wszystko oferuje. Sięgamy wprost do rozważań filozofa:

Błędem jest identyfikowanie autonomii na przykład z prawem zapewniającym wolność od przymusu i utrzymywanie, że prawo to (np. do wolności od przymusu) przewyższa, z powodu wagi autonomii osobistej, wszystkie lub prawie wszystkie inne względy. Wiele praw przyczynia się do umożliwienia autonomii, ale żadna krótka lista konkretnych praw nie jest wystarczająca do realizacji tego celu. Zapewnienie wielu z dóbr kolektywnych jest niezbędne dla umożliwienia autonomii i nie może być, w imię autonomii, sprowadzone do podrzędnej roli wobec rzekomego prawa przeciwko przymusowi¹⁷.

Opisanego powyżej błędu nie może uniknąć zwolennik moralności opartej na prawach, akceptujący istnienie dóbr kolektywnych. Tak istotnych warunków społecznych nie da się bowiem sprowadzić do praw. Są to pewne dobra wspólne – kolejna kategoria moralna niedostrzegana przez oparte na prawach teorie moralne.

Podsumowanie w kontekście relacji państwo – jednostka

Zarzuty sformułowane przez Raza względem teorii moralnych opartych na prawach składają do krytycznego spojrzenia na koncepcję Nozicka. Raz celnie uderza w same podstawy pomysłów libertarianina.

Jak należy ocenić koncepcję moralności sformułowaną przez Nozicka w świetle powyższej krytyki? Raz uzmysławia nam, że konkluzja, która wieńczy rozważania Nozicka, jest błędna. Libertarianin za jedyne kryterium oceny moralnej ludzkich działań przyjmuje naruszenie praw jednostek. Taka ocena nie jest zasadna, gdyż prawa – jakkolwiek niewątpliwie stanowią komponent moralności – są tylko jej niewielką, i to wcale nie najważniejszą, częścią. Raz pokazuje, że jednostka może respektować prawa innych, w rozumieniu Nozicka, a jednocześnie nie spełniać wymogów moralności. Ocena ludzkich działań pod kątem ich moralności musi opierać się na większej ilości czynników, w tym również na nieuwzględnionych przez libertarianina komponentach moralności takich jak cnota, powinności, dobra kolektywne czy poświęcenie.

Rozważania Raza pokazują, że w koncepcji Nozicka kryje się wewnętrzna sprzeczność. Nozick jest piewcą autonomii jednostki, a jednocześnie nie dostrzega roli dóbr kolektywnych, jaką odgrywają one w zapewnieniu jednostkom możliwości realizacji autonomicznego stylu życia.

¹⁷ *Ibidem*, s. 207.

Choć Raz dobitnie uzmysławia nam, że koncepcja Nozicka mylnie opisuje rzeczywistość moralną, to rozważania libertarianina nie są bezowocne. Trzeba mieć w pamięci, że obaj filozofowie koncentrują się na filozofii politycznej. Argumentacja sformułowana przez Nozicka w *Anarchii, państwie, utopii* wydaje się być cennym wkładem w dyskusję o dopuszczalnej aktywności władzy politycznej oraz relacji państwo - jednostka. Na tym polu koncepcja libertarianina może przynajmniej częściowo obronić się przed zarzutami Raza.

Nozick słusznie podkreśla wagę praw jednostki jako gwarancji jej niezależności od państwa – są one najlepszą ochroną, jaką ma obywatel żyjący w państwie – organizacji dużo potężniejszej od niego i niezmiennie, także w XXI wieku, zaborczej i często pozbawionej skrupułów.

Choć na gruncie rozważań Nozicka prawa mylnie zostały przedstawione jako jedyny komponent moralności, filozof daje do zrozumienia, że w odniesieniu do relacji państwo – jednostka są bardzo ważne. Libertarianin nie godzi się w kwestii praw na żadne kompromisy. Takie stanowisko wydaje się iść zbyt daleko. Niemniej zbrodnią jest pójście na kompromis, gdy na jednej szali leżą prawa jednostek, na drugiej zaś partykularne interesy konkretnych osób lub grup społecznych. Uważam, że ograniczanie praw obywateli w imię promowania dóbr kolektywnych zawsze trzeba traktować podejrzliwie, bowiem taki zabieg często ma na celu tylko i wyłącznie polepszenie sytuacji jednych kosztem sytuacji innych. Dobra kolektywne jako trudne do zdefiniowania i oceny (niełatwo znaleźć kryterium, za pomocą którego można wyrazić korzyści płynące z danego dobra kolektywnego; trudno wyrazić je w pieniądzu) są idealną przykrywką dla nieuzasadnionej redystrybucji. Lekcja, której udziela Nozick, a z którą trudno się nie zgodzić, jest następująca: każdy tego rodzaju kompromis, każde ograniczenie praw ludzi bez ich jasno wyrażonej zgody musi być gruntownie uzasadnione, musi bez wątpliwości służyć wartościom wyższym, musi być wyjątkiem od reguły i środkiem ostatecznym.

Raz mówi, że niektóre dobra kolektywne przyczyniają się do autonomii jednostek i z tego względu je również trzeba brać pod uwagę. Nie podaje jednak żadnych rozwiązań. Nie dostrzega nawet, że kultywowanie tych dóbr kolektywnych zwykle wiąże się z redystrybucją. Tymczasem państwowa redystrybucja dóbr i jej następstwa często przyczyniają się do ograniczenia ludzkiej autonomii.

Według Raza autonomia to możliwość wyboru. Jak więc ocenia on działanie państwa ukierunkowane na rozwój dóbr kolektywnych, które odbiera jednostce tę możliwość? Państwo nakłada na nas obowiązek szkolny, obowiązek podatkowy czy obowiązek odprowadzania składek ubezpieczeniowych, a do niedawna jednym z największych utrapień młodych mężczyzn był obowiązkowy pobór do wojska. Powyższe obowiązki raczej ze zmiennym szczęściem przyczyniają się do rozwijania dóbr kolektywnych, takich jak poziom wykształcenia, materialne zabezpieczenie sytuacji osób w podeszłym wieku, bezpieczeństwo, natomiast dotkliwie ograniczają naszą autonomię.

Zarówno Raz, jak i Nozick mówią o autonomii w kontekście możliwości planowania przez człowieka swojej drogi życiowej i podejmowania wyborów. Przeciętna osoba, która planuje,

że w wieku pięćdziesięciu lat, gdy jej dzieci się usamodzielnia, wyruszy w podróż dookoła świata, ma nikłe szanse na realizację tego planu. Wystarczyłyby na ten cel gromadzone przez dwadzieścia pięć lat pracy kwoty, które ta osoba co miesiąc przekazuje państwu w imię kultywowania dóbr kolektywnych, równości możliwości i autonomii dla innych jednostek, które same nie potrafią jej sobie zapewnić. Państwo odbiera temu człowiekowi możliwość dokonania wyboru. W skrajnych sytuacjach taka osoba nie ma możliwości zdecydowania, na co przeznaczyć dorobek swojego życia.

Nie można też jednak przypisywać Razowi poglądów, których nie wyraził. Podobnie jak dla Nozicka, dla Raza autonomia również jest centralną wartością. Nie twierdzi on, że należy poświęcać prawa jednostek, aby rozwijać dobra kolektywne. Wskazuje jedynie, że postulując autonomię, należy pamiętać o istnieniu i bezsprzecznej wartości dóbr kolektywnych. W swoich rozważaniach nie porusza jednak ważnego, moim zdaniem, zagadnienia. Dobra kolektywne wykazują, przynajmniej we współczesnym państwie opiekuńczym, skłonność do popadania w konflikty z dobrami nie-kolektywnymi istotnymi dla autonomii jednostek. Jak takie konflikty rozwiązywać, jak ważyć wartości? Tych pytań, które rodzą się po zapoznaniu się z argumentacją Raza za dobrami kolektywnymi, filozof nawet nie zadaje.

Dlatego Nozick, choć nie przekonał mnie do libertariańskiego punktu widzenia, uzmysłowił mi, że racje przemawiające za ograniczeniem praw jednostek, które nazwałby ich naruszeniem, trzeba ważyć, uzasadniać i traktować z największą ostrożnością, oraz że redystrybucja nie powinna być rutynowym narzędziem państwa, po które może ono sięgać wedle woli. Decyzja o redystrybucji jest zawsze naznaczona pewnym konfliktem. Redystrybucja zdaje się mieć coś wspólnego z przeszczepem nerki – istnieje ryzyko, że ciało biorcy nie przyjmie organu, natomiast pewne jest to, że dawca straci coś wartościowego.

Redystrybucję powinno się najwyraźniej postrzegać w kategoriach stanu wyższej konieczności na skalę całego społeczeństwa, w którym jednym z ważonych dóbr są prawa własności obywateli. W tym miejscu warto rozważyć regulację stanu wyższej konieczności zawartą w ustawie Kodeks karny:

Art. 26. § 1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimukolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego.

§ 2. Nie popełnia przestępstwa także ten, kto, ratując dobro chronione prawem w warunkach określonych w § 1, poświęca dobro, które nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego.

§ 3. W razie przekroczenia granic stanu wyższej konieczności, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia¹⁸.

¹⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997, Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

Stosując analogię do Kodeksu karnego (to bardzo luźna analogia, do której należy podchodzić z dystansem, niemniej pozwala ona lepiej uzmysłwić sobie cenę redystrybucji), redystrybucja może mieć miejsce, jeśli po pierwsze dobro ją uzasadniające znajduje się w niebezpieczeństwie, po drugie, niebezpieczeństwa tego nie można inaczej uniknąć, i po trzecie, dobro poświęcone przedstawia niższą wartość od ratowanego.

Spojrzenie na naszą rzeczywistość uzmysłowi nam, że współczesne społeczeństwo najwyraźniej żyje w permanentnym kryzysie, stanie wyższej konieczności uzasadniającym poświęcanie istotnych dóbr dla innych, najwyraźniej bardziej istotnych. Nie należy mieć złudzeń, że redystrybucja zaowocuje zadowoleniem kogokolwiek. Obdarowani będą przekonani, że powinni otrzymać więcej, zaś przymusowi darczyńcy poczną się ofiarami kradzieży. Gdy ma miejsce konflikt dwóch ostatecznych wartości, zazwyczaj nie ma rozwiązania, które w pełni satysfakcjonuje – uczy Isaiah Berlin.

Niemniej na pewno nie są to wystarczające argumenty za odrzuceniem każdej redystrybucji w każdych okolicznościach, tak jak chciałby Nozick. Jednym z dóbr, które jest dostatecznie wartościowe, aby uznać redystrybucję za uzasadnioną, jest to, wokół którego Nozick sypał swoje szanse, czyli ochrona przed gwałtem, kradzieżą i oszustwem, innymi słowy ochrona podstawowych praw. Intuicja moralna większości z nas nie jest przeciwna temu, że policja broni nietykalności cielesnej bezdomnego, który nie płaci podatków, lub że ściga podpalacza, który puścił z dymem dom ubogiego człowieka, który pracując na czarno, również ich nie płaci. W konkretnych okolicznościach dobrem uzasadniającym redystrybucję mógłby być poziom wykształcenia społeczeństwa lub na przykład powszechny dostęp do opieki zdrowotnej.

Według kryterium zastosowanego przez Nozicka, sytuacja, w której państwo odmawia ochrony osobom, które nie płacą za jego „usługi”, jest uprawniona, gdyż prawa jednostek nie zostały naruszone. Inne komponenty moralności, te wskazane przez Raza, również są istotne. To one mówią nam, że przedstawiona powyżej sytuacja nie jest pożądana z moralnego punktu widzenia.

Interes organu podatkowego i podatnika na tle uregulowań zabezpieczenia wykonania zobowiązań podatkowych

1. Wprowadzenie

Zabezpieczenie wykonania zobowiązania podatkowego stanowi jeden z najważniejszych instrumentów ochrony finansowej władzy publicznej². Ustawodawstwo normuje szereg instytucji służących bezpośrednio lub pośrednio zapewnieniu należytego wykonania zobowiązań podatkowych, od zasad odpowiedzialności podatkowej podatnika, płatnika, inkasenta, następców prawnych i osób trzecich po przepisy karnoskarbowe. Szczególne miejsce zajmują instytucje uregulowane w rozdziale 3 Ordynacji podatkowej. Mając na uwadze powyższe, niezwykle ważnym zagadnieniem jest to, aby przepisy regulujące te kwestie były skonstruowane w sposób gwarantujący skuteczną realizację tej ochrony. Dlatego też tematyka ta zasługuje na dogłębną analizę.

^{1*} Absolwentka kierunku Prawo oraz kierunku Administracja na WPiA Uniwersytetu Jagiellońskiego, doktorantka nauk prawnych na Uniwersytecie Jagiellońskim.

² L. Guzek, *Zabezpieczenie zobowiązań podatkowych w trybie art. 33 Ordynacji podatkowej*, MoPod 2000, nr 12, s. 19.

2. Zabezpieczenie roszczeń pieniężnych na gruncie Kodeksu cywilnego a regulacja zamieszczona w Ordynacji podatkowej

Instytucja zabezpieczania roszczeń pieniężnych powstała na gruncie prawa cywilnego, stanowi swoisty wzór dla regulacji prawa publicznego, mających na celu zabezpieczenie obowiązków jednostki wobec władz publicznych³.

Wśród przepisów materialnego prawa cywilnego ustawodawca przewidział wiele różnorodnych instrumentów służących zabezpieczeniu wierzytelności pieniężnych. Można w tym miejscu przywołać choćby ustanowienie zastawu lub hipoteki, umowne zastrzeżenie odstąpienia od umowy wzajemnej na wypadek niewykonania przez drugą stronę zobowiązania w określonym terminie⁴, zastrzeżenie zadatku⁵. Warto podkreślić, że celem ustanowienia zabezpieczenia na gruncie Kodeksu cywilnego jest zmniejszenie ryzyka związanego z możliwością niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz zwiększenie szansy na skuteczną egzekucję należności danej osoby.

Obok instrumentów, których zastosowanie zależy od woli stron, należy wskazać na takie, które powstają z mocy samego prawa na wypadek opóźnienia lub zwłoki w spełnieniu świadczenia. Będzie to obowiązek zapłaty odsetek ustawowych za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego⁶ czy ustawowe prawo odstąpienia od umowy w sytuacji zwłoki w spełnieniu świadczenia wzajemnego⁷.

Warto pamiętać, że nie tylko przepisy prawa cywilnego materialnego służą zabezpieczeniu wykonania zobowiązań. Ustawodawca na gruncie przepisów prawa cywilnego procesowego przewidział szeroki katalog stosowanych przez sąd form zabezpieczenia zobowiązań. W tym kontekście, zabezpieczenie roszczeń pieniężnych może nastąpić przez:

1. zajęcie ruchomości, wynagrodzenia za pracę, wierzytelności z rachunku bankowego albo innej wierzytelności lub innego prawa majątkowego;
2. obciążenie nieruchomości obowiązanej hipoteką przymusową;
3. ustanowienie zakazu zbywania lub obciążania nieruchomości, która nie ma urzędzonej księgi wieczystej lub której księga wieczysta zaginęła lub uległa zniszczeniu;
4. obciążenie statku albo statku w budowie hipoteką morską;
5. ustanowienie zakazu zbywania spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu;

³ R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2006, s. 231.

⁴ Zob. art. 492 zd. 1 w zw. z art. 395 k.c.

⁵ Zob. art. 394 k.c.

⁶ Zob. art. 481 k.c.

⁷ Zob. art. 491 k.c.

6. ustanowienie zarządu przymusowego nad przedsiębiorstwem lub gospodarstwem rolnym obowiązanych albo zakładem wchodzącym w skład przedsiębiorstwa lub jego częścią, albo częścią gospodarstwa rolnego obowiązanych⁸.

Podsumowując, można stwierdzić, że w obrocie cywilnoprawnym zabezpieczenie wierzytelności pieniężnych może nastąpić w postaci materialnoprawnych gwarancji udzielonych przez dłużnika lub osobę trzecią na podstawie umowy, z mocy samego prawa lub gwarancji procesowych w postaci zabezpieczenia przez sąd wykonalności wyroku, jaki ma zapaść przeciwko dłużnikowi⁹.

Dokonując analizy porównawczej regulacji zawartych w prawie cywilnym oraz w prawie publicznym, wyjść należy od tego, że na gruncie prawa publicznego zabezpieczenia pozbawione są elementu dobrowolności i nie posiadają umownego charakteru. Oparte są natomiast na elementach przymusowości, która wynika z kolei z władztwa administracyjnego. W pewnym stopniu przypominają zabezpieczenie przez sąd wykonalności przyszłego wyroku. Występują jednak istotne odmienności. Po pierwsze podmiotem czynnym prawa podatkowego jest organ podatkowy reprezentujący państwo i dysponujący prawem do nakładania podatku. Podmiotem biernym, czyli dłużnikiem jest osoba zobowiązana. Odmiennie niż w stosunkach cywilnoprawnych powstanie, treść stosunków zobowiązaniowych, jak i realizacja kształtowana jest bezpośrednio przez prawo, a dokładniej ustawy podatkowe. Normy prawne kształtują nie tylko sytuację prawną podatnika jako dłużnika, ale i organu podatkowego jako wierzyciela, a wola organu podatkowego i podatnika są ściśle zdeterminowane podatkowoprawnym stanem faktycznym. Na tej podstawie można stwierdzić, że pod tym względem, sytuacja prawna podmiotów stosunków zobowiązaniowych jest w prawie podatkowym równorzędna.

Można także wskazać na słabszą pozycję wierzyciela podatkowego w porównaniu do sytuacji wierzyciela występującego w stosunku cywilnoprawnym. Wynika to z konieczności realizacji zasady sprawiedliwości podatkowej ukształtowanej w konstytucji, prawie wspólnotowym i podatkowym. Jednocześnie wierzyciel podatkowy nie może dążyć do maksymalizacji dochodów budżetowych zgodnie z zasadą *in dubio pro fisco*, gdyż pozostawałoby to w sprzeczności z zasadą państwa prawnego¹⁰. W stosunku zobowiązaniowym natomiast wierzyciel dąży do wyegzekwowania, zgodnie z treścią zobowiązania, jak najbardziej korzystnego dla niego zachowania ze strony dłużnika. Organ podatkowy nie kieruje się interesem własnym, a ma na względzie cele fiskalne bądź cele społeczne opodatkowania. Również organ podatkowy nie dysponuje uprawnieniami kształtującymi związanymi ze zmianą lub ustaleniem istniejącego stosunku prawnego wymienianymi w nauce prawa cywilnego jako

⁸ Zob. art. 747 k.p.c.

⁹ R. Mastalski, *op. cit.*, s. 231.

¹⁰ R. Mastalski, *op. cit.*, s. 193.

przysługujące wierzycielowi. Nie może on swobodnie zrezygnować z realizacji roszczenia ani też przenieść go na inny podmiot.

Podsumowując, trzeba stwierdzić, że pomimo podobnej siatki pojęć instytucje zabezpieczenia zobowiązań w prawie cywilnym i podatkowym różnią się nie tylko pod względem konstrukcyjnym, ale i służą zgoła odmiennym celom.

3. Porównanie podatkowego postępowania zabezpieczającego z postępowaniem egzekucyjnym

Należy odróżnić zabezpieczenie uregulowane w Ordynacji podatkowej od zabezpieczenia stosowanego po wszczęciu postępowania egzekucyjnego. Odmienne są nie tylko podstawy wszczęcia, przesłanki i tryb realizacji, ale i etapy procesu przymusowego poboru podatków. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z instytucją zabezpieczenia, do którego dochodzi w trybie postępowania jurysdykcyjnego (zabezpieczenie przedwymiarowe, jurysdykcyjne), natomiast w drugim chodzi o procedurę egzekucyjną (zabezpieczenie egzekucyjne)¹¹. Zabezpieczenie z Ordynacji podatkowej jest wykorzystywane przed wszczęciem postępowania egzekucyjnego. Stosuje się je, gdy nie ma jeszcze podstaw do wszczęcia postępowania egzekucyjnego¹². Zabezpieczenie przewidziane w Ustawie o postępowaniu egzekucyjnym jest stosowane z kolei dopiero wtedy, gdy zabezpieczenie z Ordynacji podatkowej okazało się nieskuteczne lub nie było w ogóle ustanowione¹³. Zabezpieczenie z Ordynacji podatkowej bywa nazywane „swoistym postępowaniem przygotowawczym do egzekucji”¹⁴. Trzeba zaznaczyć, że jest postępowaniem odrębnym w stosunku do postępowania egzekucyjnego.

W efekcie nie można stwierdzić, że dokonanie zabezpieczenia jest częścią postępowania egzekucyjnego mimo funkcjonalnego połączenia postępowań. Na rzecz tego stanowiska przemawia odesłanie w przepisie art. 33d Ordynacji podatkowej wyłącznie do trybu zabezpieczenia określonego w Ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Choć nie wyklucza to stwierdzenia, że te dwa rodzaje zabezpieczeń uzupełniają się, gdyż dotyczą różnych stadiów przymusowego poboru podatków. Należy również podkreślić, że przepisy Ordynacji podatkowej są przepisami szczególnymi w stosunku do Działu IV Ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji¹⁵.

¹¹ Zob. H. Dzwonkowski, [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, (red.) H. Dzwonkowski, Warszawa 2006, s. 268.

¹² Zob. A. Marecka, *Zabezpieczenie wykonania zobowiązań podatkowych na majątku podatnika*, PPod 2005, nr 1, s. 50.

¹³ Zob. S. Presnarowicz, *op. cit.*, s. 216.

¹⁴ Zob. T. Brzezicki, W. Morawski, *Właściwość organu w sprawach zabezpieczenia wykonania zobowiązań podatkowych – wybrane zagadnienia*, PPod 2010, nr 10, s. 22.

¹⁵ Zob. wyrok NSA z 13.1.1998 r., III SA 1112/96, Mon.Pod. 1999/3, s. 37.

W kontekście omawianej problematyki nie należy tracić z pola widzenia celu, któremu służy podatkowe postępowanie zabezpieczające. Jak już była o tym mowa, bezspornie celem nie jest wykonanie zobowiązania, a gwarancja tego, że w przyszłości wyegzekwowanie obowiązku będzie możliwe. W uzasadnieniu wyroku z dnia 31 stycznia 2003 r. NSA stwierdza, że to, iż zabezpieczenie następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, nie może być utożsamiane z postępowaniem egzekucyjnym, gdyż w jego wyniku nie dochodzi do wykonania zobowiązania podatkowego¹⁶.

Należy także odróżnić postępowanie zabezpieczające w sensie procesowym od form zabezpieczenia zobowiązań podatkowych, jakimi są np. hipoteka czy zastaw skarbowy, które dokonują się w trybie zabezpieczenia w postępowaniu egzekucyjnym albo dobrowolnego zabezpieczenia w jednej z form przewidzianych w art. 33d § 2 Ordynacji podatkowej. Dodać należy, że te sposoby zabezpieczenia mają zastosowanie zarówno do zabezpieczenia na etapie decyzji o zabezpieczeniu, jak i postępowania przedegzekucyjnego.

Instytucja zabezpieczenia wykonania zobowiązań podatkowych służy zabezpieczeniu interesu budżetu państwa i budżetów samorządowych. Przez wzgląd na publicznoprawny charakter zobowiązań podatkowych ich wykonanie zasługuje na szczególną ochronę prawną. Celem zabezpieczenia nie jest doprowadzenie do przymusowego wykonania zobowiązania podatkowego. Potwierdza to literalne brzmienie art. 160 § 1 Ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji: „zabezpieczenie nie może zmierzać do tego, aby stanowiło wykonanie obowiązku”. Z przywołanej regulacji wynika, że celem zabezpieczenia nie jest przymusowy pobór podatku, a zagwarantowanie istnienia środków finansowych na zaspokojenie zobowiązań podatkowych¹⁷. Przymusowy pobór podatku jest z kolei celem postępowania egzekucyjnego. Dzięki ustanowieniu zabezpieczenia nie maleją szanse na możliwość przymusowego wykonania do czasu wszczęcia postępowania egzekucyjnego¹⁸. *A contrario* bez zabezpieczenia, zaspokojenie należności organu podatkowego może być niemożliwe lub w znacznym stopniu utrudnione.

4. Tryby zabezpieczania zobowiązań podatkowych

Można wyróżnić dwa tryby zabezpieczenia zobowiązań podatkowych. Pierwszy z nich uregulowany jest w Ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Drugi sposób

¹⁶ Zob. wyrok NSA z 31.1.2003 r., I SA/Gd 496/00, LEX nr 107246.

¹⁷ Zob. S. Presnarowicz [w:] C. Kosikowski, L. Etel, R. Dowgier, P. Pietrasz, S. Presnarowicz, *Ordynacja Podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 216.

¹⁸ Zob. W. Morawski, *Zabezpieczenie zobowiązań podatkowych* [w:] *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, (red.) B. Brzeziński, Toruń 2009, s. 241, Z. Ofiarski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2008, s. 149.

natomiast normują przepisy Ordynacji podatkowej w rozdziale 3 działu III zatytułowanym: „Zabezpieczenie wykonania zobowiązań podatkowych”.

Tryb zabezpieczenia przewidziany w art. 33d Ordynacji podatkowej zaczął obowiązywać od dnia 1 września 2005 r. Z kolei na mocy noweli z 2008 r. wprowadzono do przywołanego artykułu zmianę o charakterze systemowym w zakresie zabezpieczenia wykonania decyzji¹⁹. Przepis w nowym brzmieniu umożliwia ustanowienie zabezpieczenia wykonania decyzji nakładającej obowiązek podlegający wykonaniu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji lub wykonanie decyzji o zabezpieczeniu na różnych etapach postępowania, tj. postępowania zabezpieczającego, postępowania podatkowego przed organami pierwszej i drugiej instancji oraz postępowania sądowego²⁰. Natomiast zgodnie z art. 33d § 1 Ordynacji podatkowej zabezpieczenie następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym albo w formie określonej w § 2 rzeczonoego przepisu. Wśród możliwych form należy wyróżnić: gwarancję bankową lub ubezpieczeniową, poręczenie banku, weksel z poręczeniem wekslowym banku, czek potwierdzony przez krajowy bank wystawcy czeku, zastaw rejestrowy na prawach papierów wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski według ich wartości nominalnej, uznanie kwoty na rachunku depozytowym organu podatkowego lub pisemnego, nieodwołalnego upoważnienia organu podatkowego, potwierdzonego przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową, do wyłącznego dysponowania środkami pieniężnymi zgromadzonymi na rachunku lokaty terminowej.

5. Postępowanie zabezpieczające

Ordynacja podatkowa przewiduje 4 grupy przypadków, kiedy może dojść do przeprowadzenia postępowania zabezpieczającego.

W pierwszej kolejności należy przybliżyć regulację zawartą w art. 33 Ordynacji podatkowej. Na gruncie analizowanego przepisu zabezpieczenie może być zastosowane w odniesieniu do dwóch rodzajów należności:

1. zobowiązań podatkowych przed terminem ich płatności
2. zobowiązań przed wydaniem decyzji: ustalającej wysokość zobowiązania, decyzji określającej wysokość zobowiązania i decyzji określającej zwrot podatku.

Pierwszy przypadek reguluje § 1 powołanego przepisu. Zabezpieczenie jest możliwe w okresie pomiędzy powstaniem zobowiązania podatkowego a upływem terminu płatności, czyli gdy

¹⁹ Zob. B. Dauter [w:] S. Babiarsz, B. Dauter, B. Gruszczyński, R. Hauser, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 249.

²⁰ *Ibidem*.

nie toczy się ani postępowanie podatkowe, ani kontrola skarbową. Zabezpieczenie może dotyczyć zarówno podatków powstających z mocy prawa, jak i tych, które powstają z chwilą doręczenia decyzji ustalającej ich wysokość²¹. W wypadku tego rodzaju zabezpieczenia znana jest kwota zobowiązania podatkowego, dlatego też organ nie musi wydawać decyzji określających wysokość zobowiązania. Należy podkreślić, że w przypadku zobowiązań powstających z mocy prawa zabezpieczenie przed terminem płatności występuje tylko w przypadku złożenia przez podatnika deklaracji przed terminem płatności i nieuregulowania w tym okresie zobowiązania wynikającego z tej deklaracji²².

Drugi rodzaj zabezpieczenia określony został w art. 33 § 2 Ordynacji podatkowej. Nie ma on jednorodnego charakteru, gdyż możliwych jest kilka rozwiązań. Po pierwsze z brzmienia powyższego przepisu można wnioskować, że zabezpieczeniu mogą podlegać należności niebędące jeszcze zobowiązaniami podatkowymi, kiedy to konstytutywna decyzja ma zostać dopiero wydana. Przykładowo można zabezpieczyć w tym trybie podatek od nieruchomości płacony przez osobę fizyczną, która jeszcze nie otrzymała decyzji wymiarowej (ustalającej), czyli nie powstało jeszcze zobowiązanie do zapłacenia podatku²³. Po drugie zabezpieczone mogą być zobowiązania, które powstają z mocy prawa, ale nie została jeszcze wydana decyzja ustalająca wysokość zobowiązania lub zwrotu podatku. Zabezpieczenie jest możliwe po upływie terminu płatności, ale jeszcze przed wydaniem decyzji określającej wysokość zobowiązania. Dzieje się to w ramach wszczętego uprzednio postępowania podatkowego lub przeprowadzonej kontroli podatkowej²⁴. Przykładowo przyjmuje się, że zabezpieczenia można dokonać w postępowaniu kontrolnym prowadzonym przez dyrektora urzędu kontroli skarbowej. Wynika to z odesłania w zakresie nieuregulowanym w Ustawie o kontroli skarbowej do Ordynacji podatkowej. Po trzecie możliwe jest zabezpieczenie na wniosek organu kontroli skarbowej w ramach przeprowadzanej kontroli skarbowej.

Zestawiając dwa wyżej wymienione sposoby zabezpieczania zobowiązań podatkowych, należy zauważyć, że przepisy Ordynacji podatkowej w wypadku drugiego typu zabezpieczeń wymagają od organu podatkowego wydania decyzji o zabezpieczeniu, w której musi zostać określona przybliżona kwota zobowiązania podatkowego, jakie powstanie po doręczeniu decyzji wymiarowej, a także przybliżona kwota zobowiązania, które zostanie określone w przyszłej decyzji dotyczącej zobowiązań powstających z mocy prawa. Jednocześnie, wydając powyższą decyzję, organ podatkowy musi określić przybliżoną wysokość odsetek za zwłokę na dzień wydania decyzji o zabezpieczeniu. Z kolei na mocy art. 54 § 1 pkt 1 Ordy-

²¹ Może to mieć miejsce w sytuacji, gdy zostało złożone zeznanie podatkowe albo wydano i doręczono decyzję ustalającą, ale zobowiązanie podatkowe nie zostało uiszczone, a termin płatności jeszcze nie upłynął.

²² Zob. B. Dauter, *op. cit.*, s. 240.

²³ Zob. L. Etel, *Podatki od nieruchomości*, Warszawa 2009, s. 234-235.

²⁴ M. Łuc [w:] *Ordynacja podatkowa. Źródła i wykładnia prawa podatkowego*, (red.) A. Kaźmierczyk, Warszawa 2010, s. 158-159.

nacji podatkowej organ nie nalicza odsetek za zwłokę za okres zabezpieczenia, jeżeli objęte zabezpieczeniem środki pieniężne, w tym kwoty uzyskane za sprzedaży objętych zabezpieczeniem rzeczy lub praw, zostały zaliczone na poczet zaległości podatkowych²⁵. Wstępnie określony wymiar podatku powinien w jak największym stopniu odzwierciedlać stan rzeczywisty, dlatego też przy określaniu przybliżonej kwoty zobowiązania podatkowego, powinno się uwzględnić przysługujące podatnikowi ulgi²⁶. Określenie „przybliżonej wysokości” zabezpieczonego zobowiązania podatkowego nie zwalnia organu z obowiązku uzasadnienia decyzji o zabezpieczeniu także w odniesieniu do danych, na podstawie których przybliżona wysokość została określona²⁷. Jest to związane z tym, że warunkiem wydania takiej decyzji o zabezpieczeniu jest zgromadzenie przez organ podatkowy dowodów, że zobowiązanie nie zostanie wykonane, a nie sam upływ terminu²⁸.

Trzecią grupę stanowią przypadki, gdy zabezpieczenie dotyczy płatników i inkasentów oraz odpowiedzialności osób trzecich jako wspólników spółki cywilnej, jawnej, partnerskiej, czy też komplementariusza spółki komandytowej, komandytowo-akcyjnej oraz członków zarządów osób prawnych, w tym spółek kapitałowych (art. 33b Ordynacji podatkowej). Należy dodać, że art. 33 Ordynacji podatkowej ma zastosowanie wobec osób, o których mowa w art. 115, 116 i 116a Ordynacji podatkowej, po doręczeniu im decyzji orzekającej o odpowiedzialności podatkowej za zaległości podatkowe spółki lub innej osoby prawnej.

Czwarta grupa przypadków związana jest z regulacją art. 33c Ordynacji podatkowej. Chodzi o możliwość zabezpieczenia odsetek nieuiszczonych w terminie oraz o zobowiązania traktowane na równi z zaległościami podatkowymi, do których można zaliczyć należności nienależnie zwrócone stronie przez organ lub zaliczone na poczet innego zobowiązania strony:

1. nadpłata wynikająca z deklaracji w zakresie podatków dochodowych, akcyzowego, dotycząca wypłat z zysku za rok obrotowy spółek Skarbu Państwa i przedsiębiorców państwowych,
2. zwrot podatku, chyba że podatnik wykaże, że nie nastąpiło to z jego winy,
3. oprocentowanie nienależnie zwróconej nadpłaty lub zwrotu podatku,
4. wynagrodzenie płatników i inkasentów nienależne lub większe niż należne²⁹.

²⁵ Zob. A. Marecka, *op. cit.*, s. 51.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Zob. wyrok NSA z 12.12.2007 r., I FSK 75/06, niepubl.

²⁸ Zob. Wyrok NSA z 12.04.2001 r., III SA 271/00, LexPolonica nr 362669, zob. również wyrok NSA z 17.06.2005 r., I FSK 35/05, LEX nr 171324.

²⁹ Zob. M. Ciecierski, *Podatkowe postępowanie zabezpieczające*, PPod 2009, nr 1, s. 33, zob. również M. Łuc, *op. cit.*, s. 159.

6. Przestanki zabezpieczenia

W przypadku decyzji o zabezpieczeniu mamy do czynienia z uznaniem administracyjnym³⁰. Jednak nie oznacza to, że organ może swobodnie wydać taką decyzję. Jest on związany zaistnieniem przesłanki zabezpieczenia. W tym miejscu należy przyrzeć się bliżej przesłance dokonania zabezpieczenia w świetle przepisów Ordynacji podatkowej. Jest to szczególnie istotna kwestia ze względu na konsekwencje, jakie ma ustanowienie zabezpieczenia dla osoby zobowiązanej.

Na wstępie trzeba zaznaczyć, że zabezpieczenie obu rodzajów zobowiązań dokonywane jest na podstawie tego samego kryterium. Na gruncie prawa podatkowego przyjmuje się, że zabezpieczenie wykonania zobowiązania podatkowego następuje wtedy, gdy zachodzi obawa³¹, że zobowiązana osoba nie będzie chciała bez przymusu wykonać swojego zobowiązania³². Kiedy występują okoliczności świadczące o zwiększonym ryzyku niewypłacalności zobowiązanego, art. 33 Ordynacji podatkowej stanowi, że zobowiązanie podatkowe może być zabezpieczone przed terminem płatności, jeżeli „zachodzi uzasadniona obawa, że nie zostanie ono wykonane”. To nieostre pojęcie nie zostało zdefiniowane przez ustawodawcę. Kluczowym zagadnieniem jest ustalenie, kiedy zachodzi takie ryzyko. Na wstępie trzeba dostrzec, że jest to nieco odmienne uregulowanie, niż to, które występuje w Ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Art. 154 § 1 wspomnianej Ustawy przewiduje, że „organ egzekucyjny dokonuje zabezpieczenia należności pieniężnej lub wykonania obowiązku o charakterze niepieniężnym, jeżeli brak zabezpieczenia mógłby utrudnić lub udaremnić egzekucję”. Mając na uwadze, że przepisy Ordynacji podatkowej stanowią *lex specialis* w stosunku do uregulowań zawartych w Ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji wystarczy, że organ podatkowy stwierdzi, że np. przez wzgląd na sytuację majątkową podatnik nawet przy dołożeniu staranności nie będzie w stanie uiścić należnego podatku. W tezie orzeczenia z 4 listopada 1994 r. NSA stwierdza, że:

Fakt nierzetelnego prowadzenia ksiąg handlowych, jak również zaniżenie dochodów będących przedmiotem opodatkowania upoważnia organy podatkowe do twierdzenia, że w przyszłości podatnik również będzie uchylał się od wykonania zobowiązania podatkowego³³.

³⁰ Zob. P. Artymionek, *Uznanie administracyjne w podatkowych instytucjach proceduralnych*, http://www.edukacjaprawnicza.pl/index.php?mod=m_aktualnosci&cid=69&id=1419, 27.02.2011.

³¹ Teza wyroku WSA w Krakowie z 10.6.2010 r., I SA/Kr 356/09 (LEX nr 583974, „Gazeta Prawna” 2010/7/128) głosi, że: „Uzasadniona obawa niewykonania zobowiązania musi istnieć już w chwili rozstrzygania o zabezpieczeniu, jednak obawa ta odnoszona jest do zdarzenia, które jeszcze nie nastąpiło, a nawet nie wiadomo, czy w ogóle wystąpi”.

³² M. Łuc, *op. cit.*, s. 158.

³³ Wyrok NSA, Gdańsk, 4.11.1994 r., SA/GD 96/94, POP 1996 nr 5, poz. 143, zob. również wyrok NSA z 18.7.1997 r., I SA/Po54/97, niepubl. – z uzasadnieniem., Wyrok NSA, Wrocław, 31.10.1995 r., SA/Wr 291/95, niepubl. Wyroki wraz z uzasadnieniem zostały zamieszczone w publikacji E. Jankowski, *Formy zabezpieczenia zobowiązań podatkowych*, Warszawa 1997, s. 73–76.

Również zaprzestanie przez podatnika działalności, którą wcześniej prowadził bez angażowania majątku w postaci środków trwałych i znaczna wysokość przewidywanego zobowiązania podatkowego, może uzasadniać potrzebę zabezpieczenia zobowiązania³⁴. Podobnie możliwość taką stwarza sytuacja, z której wynika z informacji bankowych, że spółka posiada niewielkie kwoty na rachunkach bankowych oraz fakt ich zajęcia przez wierzycieli³⁵. Jednak sama wysokość przewidywanego zobowiązania nie może być powodem wydania decyzji o zabezpieczeniu³⁶. Zestawienie kwoty przewidywanego zobowiązania z sytuacją finansową podatnika, a szerzej jego aktualnych dochodów i stanu majątkowego, powinno uprawdopodobniać nieściągalność zobowiązań w przyszłości. Sam ustawodawca w art. 33 § 1 Ordynacji podatkowej *in fine* wskazuje na sytuację, kiedy podatnik trwale nie uiszcza wymagalnych zobowiązań publicz-noprawnych lub dokonuje czynności polegających na zbywaniu majątku, które mogą utrudnić lub udaremnić egzekucję. Zastosowana przez ustawodawcę alternatywa nierozłączna oznacza, że zaistnienie którejkolwiek lub obu naraz z wymienionych sytuacji uzasadnia wydanie decyzji o zabezpieczeniu. Katalog takich sytuacji jest otwarty, na co wskazuje użyte w art. 33 § 1 Ordynacji podatkowej określenie „w szczególności”³⁷.

Ordynacja podatkowa w brzmieniu obowiązującym do 31.12.2002 r. uzależniała wydanie decyzji w przedmiocie zabezpieczenia od posiadanych przez organ w toku postępowania podatkowego lub kontroli skarbowej dowodów, przemawiających za tym, że zobowiązanie może nie zostać wykonane przez podatnika. Natomiast w obecnie obowiązującym stanie prawnym, znowelizowany przepis art. 33 § 2 Ordynacji podatkowej nie wymaga do wydania decyzji o zabezpieczeniu „dowodów zgromadzonych w postępowaniu”. Świadczy to o ewolucji w kierunku znacznej liberalizacji. Należy przypuszczać, że celem ustawodawcy było przyspieszenie procesu ustanowienia zabezpieczenia, tak aby zobowiązany nie zdołał wyzbyć się posiadanych składników majątku. Nie sposób zgodzić się z H. Dzwonkowskim, że taki sposób ukształtowania przesłanek zabezpieczenia, mimo iż sprzyja skuteczności zabezpieczenia, utrudnia ocenę jego zasadności, a w efekcie odpowiedzialności za jej skutki³⁸. Taka regulacja przepisów nie zwalnia organu od wykazania ponad wszelką wątpliwość istnienia jednoznacznych przesłanek uzasadniających zastosowanie zabezpieczenia³⁹. Zgodzić się należy z twierdzeniem zawartym w tezie wyroku NSA z 24.10.1997 r., że: „Niedopuszczalne jest przy tym powołanie się na ogólnikowe ustalenia czy domysły pracowników organów podatkowych”⁴⁰. W uzasadnieniu organ

³⁴ Zob. wyrok NSA z dnia 9.11.1994 r., SA/Ka 759/94, LexPolonica nr 311162.

³⁵ Zob. wyrok z 28.12.1999 r., III SA 8262/98, LEX nr 47934.

³⁶ Zob. wyrok NSA z dnia 24.02.1994 r., SA/Po 1833/93, LEX nr 22811.

³⁷ Zob. uzasadnienie wyroku WSA w Krakowie z 10.6.2010 r., sygn. akt I SA/Kr 356/09 (LEX nr 583974, „Gazeta Prawna” 2010/7/128).

³⁸ Zob. H. Dzwonkowski, [w:] *Ordynacja podatkowa*., s. 276.

³⁹ Zob. Wyrok NSA z 13.1.1998 r., III SA 1112, LEX nr 32118, M.Pod. 1999/3/37.

⁴⁰ Zob. Wyrok NSA z 24.10.1997 r., I SA/Lu 1441/96, niepubl. Wyrok wraz z uzasadnieniem został zamieszczony w publikacji E. Jankowski, *Formy zabezpieczenia zobowiązań podatkowych*, Warszawa 1997, s. 72.

jest zobligowany wskazać przyczynę ustanowienia zabezpieczenia oraz konkretne dowody uzasadniające to zabezpieczenie⁴¹. W decyzji musi również określić przybliżoną kwotę zobowiązania podatkowego, aby fakt ziszczenia się przesłanki dokonania zabezpieczenia mógł podlegać kontroli sądowej⁴². Bardzo istotne jest to, by zabezpieczenie było jak najmniej dolegliwe dla podatnika. Nie może stwarzać zagrożenia dla bytu podatnika czy prowadzonej przez niego działalności gospodarczej⁴³. Obowiązek przestrzegania jak najmniejszej dolegliwości zabezpieczenia odnosi się do formy zabezpieczenia, wysokości i rozmiarów zabezpieczenia, co sprowadza się do przyjęcia, iż niedopuszczalny jest zakres zabezpieczenia przekraczający w istotny sposób wysokość zabezpieczenia⁴⁴. O możliwości zabezpieczenia decyduje nie tylko niewywiązanie się z zobowiązań podatkowych, ale i z zobowiązań o charakterze publiczno-prawnym. Należy podkreślić, że użyte pojęcie w tekście Ustawy jest szersze od pojęcia „zobowiązania podatkowego”. W jego zakresie mieszczą się podatki, opłaty i inne niepodatkowane należności budżetu państwa⁴⁵.

Próbując dokonać pewnych uogólnień, można stwierdzić, że uzasadniona obawa dla dokonania zabezpieczenia zobowiązania podatkowego zachodzi w przypadku złej kondycji finansowej podatnika, a dokładniej wtedy, gdy kwota zobowiązania podatkowego jest niewspółmiernie wysoka w stosunku do jego możliwości finansowych. Natomiast ocena stopnia prawdopodobieństwa, czy zachodzi „uzasadniona obawa” została pozostawiona uznaniu organu podatkowego. Należy podkreślić, że wyraźne wskazanie przyczyn, dla których organ ustanawia zabezpieczenie i dowodów na poparcie stanowiska, jest niezbędne, by decyzja mogła podlegać kontroli instancyjnej i również sądowej. Jest to bardzo istotne, gdyż wydanie decyzji zabezpieczającej może powodować daleko idące dla działalności gospodarczej skutki, może doprowadzić nawet do upadku podmiotu gospodarczego.

Spornym zagadnieniem jest to, czy postępowanie zabezpieczające toczy się w oparciu o Dział IV Ordynacji podatkowej regulujący postępowanie podatkowe, a tym samym, czy mają zastosowanie zawarte tam regulacje odnoszące się do praw i obowiązków organu prowadzącego postępowanie i strony. Istotne wydaje się przybliżenie stanowiska przedstawionego w orzecznictwie NSA. Na uwagę zasługuje orzeczenie z dnia 31 stycznia 2003 r., w którego tezie NSA stwierdza, że:

Usytuowanie przepisów o zabezpieczeniu zobowiązań podatkowych w Dziale III Ordynacji podatkowej i odesłanie do przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji przemawia za tym, że do przepisów tych nie mają zastosowania zasady ogólne postępowania oraz przepisy dotyczące

⁴¹ Wyrok NSA z 13.10.1994 r., SA/PO 1599/94, LEX nr 25655, POP 1996/5/155.

⁴² Wyrok NSA z 19.12.2000 r., I SA/Gd 1780/99, LEX nr 39784.

⁴³ Wyrok NSA z 24.10.1997 r., I SA/Lu 1441/96, *op. cit.*, s. 72-73.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ H. Dzwonkowski [w:] *Ordynacja podatkowa...*, s. 276.

wszczęcia postępowania zawarte w Ordynacji podatkowej. Prowadzenie postępowania z wszelkimi rygorami określonymi w Dziale IV Ordynacji podatkowej klóciłoby się z *ratio legis* postępowania zabezpieczającego⁴⁶.

Z kolei odmienne stanowisko NSA wyraził w tezie wyroku z dnia 17 czerwca 2005 r.:

Jednocześnie decyzja tego rodzaju może zostać wydana wyłącznie w ramach postępowania prowadzonego zgodnie z wymogami Działu IV Ordynacji podatkowej „Postępowanie podatkowe”. Wpływu na modyfikację tych zasad nie może mieć to, iż już samo postępowanie zabezpieczające po wydaniu tej decyzji prowadzone jest przez właściwe organy w trybie i przy zastosowaniu środków określonych w Ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Z tych względów nie można było zgodzić się z wykładnią art. 33 § 1-4 Ordynacji podatkowej o braku podstaw do pełnego zastosowania przepisów postępowania podatkowego zawartych w Dziale IV Ordynacji podatkowej⁴⁷.

W uzasadnieniu NSA krytykuje argumenty przywołane na poparcie tezy wyroku z dnia 31 stycznia 2003 r. Powołuje się, że samo usytuowanie przepisów w Dziale III Ordynacji podatkowej nie przesądza o wyłączeniu stosowania przepisów znajdujących się w Dziale IV Ordynacji. Za takim stanowiskiem z kolei przemawia wykładnia systemowa. Wyłączenie stosowania przepisów regulujących postępowanie podatkowe mogłoby natomiast zachodzić w wypadku wyraźnego wyłączenia ich stosowania. Przykładowo art. 200 Ordynacji podatkowej w § 2 pkt 2, obowiązujący od 2 stycznia 2003 r., przewiduje, że prawo strony do wypowiedzenia się w sprawie zebranego materiału dowodowego, stanowiąc realizację zasady czynnego udziału strony w postępowaniu podatkowym, jest wyłączone w sprawach zabezpieczenia i zastawu skarbowego. Podobnych wyłączeń nie zawierają inne przepisy Ordynacji podatkowej. Zdaniem NSA podstawą wyłączenia nie jest też art. 33 § 5 Ordynacji podatkowej (obecnie regulacja znajduje się w art. 33d Ordynacji podatkowej), który odwołuje się do trybu przewidzianego w przepisach Ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Przepis ten bowiem wskazuje na tryb dokonania zabezpieczenia, którego podstawą jest wydana wcześniej albo decyzja ustalająca wysokość zobowiązania podatkowego, albo decyzja o zabezpieczeniu aktualnego lub przyszłego zobowiązania podatkowego wydana na podstawie art. 33 § 4 Ordynacji podatkowej. Decyzja tego rodzaju może zostać wydana wyłącznie w ramach postępowania prowadzonego zgodnie z wymogami Działu IV Ordynacji podatkowej „Postępowanie podatkowe”.

Nie można jednak całkowicie zgodzić się ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku NSA. Należy przychylić się do stanowiska wyrażonego w piśmiennictwie, że w ramach postępowania

⁴⁶ Zob. Wyrok NSA – Ośrodek Zamiejscowy w Gdańsku z dnia 31.01.2003 r. (I SA/Gd 496/2000), LexPolonica nr 373715, Przegląd Orzecznictwa Podatkowego 2004/3 poz. 57.

⁴⁷ Zob. Wyrok NSA z dnia 17.06.2005 r. (I FSK 35/2005) LexPolonica nr 2132787.

zabezpieczającego trzeba uwzględnić odmienności wynikające zarówno z przepisów dotyczących zabezpieczenia, jak i z regulacji zawartych w Dziale IV Ordynacji podatkowej. Chodzi tutaj o brak obowiązku wyznaczenia stronie siedmiodniowego terminu do wypowiedzenia się w zakresie zebranego materiału dowodowego.

7. Decyzja o zabezpieczeniu

W art. 33 § 4 Ordynacji podatkowej mowa jest o decyzji o zabezpieczeniu. Jest to decyzja podatkowa, wydawana w trybie określonym w Dziale IV Ordynacji podatkowej. Płynie stąd wniosek, że organ podatkowy jest zobowiązany do podporządkowania się regułom prawa procesowego, które przewidują ciąg czynności, jakie należy podjąć od chwili wszczęcia postępowania w sprawie do chwili jej rozstrzygnięcia⁴⁸. Po wielu latach sporów od dnia 1 stycznia 2003 r. ustawodawca umożliwił organowi odstąpienie od zasady czynnego udziału strony w postępowaniu w sprawach zabezpieczenia⁴⁹, poprzez wyraźne wyłączenie obowiązku wyznaczenia stronie siedmiodniowego terminu określonego w art. 200 Ordynacji podatkowej na wypowiedzenie się w sprawie zebranego materiału dowodowego. Nie zostały jednak wyłączone pozostałe przepisy działu IV Ordynacji podatkowej, a zwłaszcza art. 165, który nakłada na organ obowiązek wydania postanowienia o wszczęciu postępowania⁵⁰. W orzecznictwie można spotkać poglądy, że doręczenie postanowienia kłóci się z *ratio legis* postępowania zabezpieczającego i dlatego też organ nie ma takiego obowiązku⁵¹. Jednak wydaje się, że nie można pozbawić strony wyraźnie wyrażonej w treści przepisu gwarancji obrony swych praw i interesów jedynie na podstawie wykładni celowościowej⁵².

Decyzja o zabezpieczeniu powinna określać przybliżoną kwotę zobowiązania podatkowego, jeżeli zabezpieczenie następuje przed wydaniem decyzji ustalającej wysokość zobowiązania podatkowego⁵³. W przypadku zabezpieczenia przed wydaniem decyzji określającej wysokość zobowiązania podatkowego, decyzja o zabezpieczeniu powinna zawierać przybliżoną kwotę zobowiązania podatkowego oraz kwotę odsetek za zwłokę należnych od tego zobowiązania na dzień wydania tej decyzji. Decyzję w sprawie zabezpieczenia zobowiązania podatkowego można uznać za decyzję, na mocy której strona nabyła prawo⁵⁴.

⁴⁸ Zob. B. Dauter, *op. cit.*, s. 242.

⁴⁹ Zob. art. 123§1 O.rynnacji podatkowej w zw. z art. 200§2 pkt 2 Ordynacji podatkowej.

⁵⁰ Zob. T. Brzezicki, W. Morawski, *O potrzebie „uporządkowania” regulacji normatywnej zabezpieczenia wykonania zobowiązań podatkowych* [w:] *Ordynacja podatkowa. Zagadnienia proceduralne*, (red.) M. Popławski, Białystok 2011, s. 200.

⁵¹ Zob. wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 2.12.2009 r., I SA/Bd 749/09, CBOSA.

⁵² Zob. T. Brzezicki, W. Morawski, *O potrzebie „uporządkowania”*..., s. 200.

⁵³ Zob. B. Deuter, *op. cit.*, s. 243.

⁵⁴ Zob. wyrok NSA z dnia 28.11.2001 r., I SA/Ka 1925/00, POP 2002, nr 3 poz. 68. NSA uznał, że nie ma podstaw, aby

Warto w tym miejscu przybliżyć kwestię poruszoną w artykule T. Brzezickiego i W. Morawskiego pt. *O potrzebie „uporządkowania” regulacji normatywnej zabezpieczenia wykonania zobowiązań podatkowych*. Autorzy podają, że od 1 stycznia 2003 r. w art. 33 § 2 Ordynacji podatkowej funkcjonuje nietrafne sformułowanie stanowiące, że „w toku postępowania podatkowego lub kontroli podatkowej” dokonywane jest zabezpieczenie⁵⁵. Należy zgodzić się, że ustawodawca zazwyczaj używa wyrażenia „w toku” na określenie czynności, które dzieją się w ramach danego postępowania i stanowią jego część. Znaczyłoby to, że decyzja o zabezpieczeniu jest częścią postępowania wymiarowego, co z kolei prowadziłoby do wniosku, że organ podatkowy jest zwolniony od obowiązku wszczęcia postępowania w sprawie wydania decyzji o zabezpieczeniu. Nie sposób jednak zaakceptować dosłownego rozumienia fragmentu tego przepisu. Dodać należy, że byłoby to niezgodne z poglądem wyrażonym przez Ministra Finansów, który uważa, że decyzji o zabezpieczeniu nie może wydać organ kontroli skarbowej, a działający na jego wniosek organ podatkowy⁵⁶. Organ podatkowy nie prowadzi postępowania podatkowego, więc nie może nic zrobić „w jego toku”.

Kolejne zagadnienie wiąże się z udzieleniem odpowiedzi na pytanie, dlaczego decyzję o zabezpieczeniu musi wydać zawsze organ podatkowy, a nie organ prowadzący postępowanie wymiarowe. Przyjęcie takiego stanowiska wiąże się z koniecznością przekazywania wszelkich koniecznych informacji do wydania decyzji naczelnikowi urzędu skarbowego. Nie ma jednak podstawy prawnej regulującej procedurę przekazania danych naczelnikowi urzędu skarbowego. Natomiast w odniesieniu do zakresu kontroli sądowej nad decyzją o zabezpieczeniu, na uwagę zasługuje wypowiedź zaprezentowana w wyroku WSA z dnia 26 stycznia 2010 r.:

Ponieważ organ dokonujący zabezpieczenia nie prowadził postępowania wymiarowego, zatem kontrola Sądu w zakresie określenia przybliżonej kwoty zobowiązania podatkowego ogranicza się jedynie do oceny, czy w zestawieniu z dowodami przekazanymi mu przez Dyrektora UKS prowadzącego postępowanie wymiarowe, organ dokonujący zabezpieczenia prawidłowo powołał i zinterpretował zastosowane przepisy prawne⁵⁷.

Można stąd wnioskować, że podatnik nie ma możliwości skutecznej ochrony przed nieprawidłowym działaniem organu kontroli skarbowej. W tym kontekście wydaje się być słuszny postulat *de lege ferenda* przyznający prawo do wydania decyzji o zabezpieczeniu organowi, który prowadzi postępowanie, nie zaś organowi podatkowemu⁵⁸.

wyłączyć z kategorii decyzji tworzących prawa dla stron, decyzje o zabezpieczeniu należności podatkowych.

⁵⁵ Zob. T. Brzezicki, W. Morawski, *O potrzebie „uporządkowania”...*, s. 201.

⁵⁶ Zob. Pismo MF z dnia 14.4.2003 r., SP1/8012-184/KS-440/03/ES [w:] T. Brzezicki, W. Morawski, *O potrzebie „uporządkowania” regulacji normatywnej zabezpieczenia wykonania zobowiązań podatkowych* [w:] *Ordynacja podatkowa. Zagadnienia proceduralne*, (red.) M. Poptawski, Białystok 2011, s. 201.

⁵⁷ Zob. Wyrok WSA w Łodzi z dnia 26.01.2010 r., I SA/Łd 1015/09, CBOSA.

⁵⁸ Zob. T. Brzezicki, W. Morawski, *O potrzebie „uporządkowania”...*, s. 201-202.

8. Środki ochrony prawnej przysługujące adresatowi decyzji o zabezpieczeniu – rozważania *de lege lata* i *de lege ferenda*

Na wstępie należy zauważyć, że ustawodawca nie przewidział wyjątkowych środków, które byłyby charakterystyczne tylko i wyłącznie dla obrony przed niesłusznie ustanowionym zabezpieczeniem. Toteż należy przyjrzeć się środkom przewidzianym w przepisach Ordynacji podatkowej.

Z faktem, iż zabezpieczenie wykonania zobowiązania podatkowego następuje na mocy decyzji o zabezpieczeniu, wiąże się możliwość skorzystania ze zwyczajnych i nadzwyczajnych środków prawnych w celu weryfikacji decyzji wydanej przez organ pierwszej instancji. Do zwyczajnych środków związanych z instancyjną kontrolą można zaliczyć odwołanie, które służy uchynieniu lub zmianie decyzji pierwszej instancji i dotyczy decyzji nieostatecznych⁵⁹. W obrębie nadzwyczajnych trybów weryfikacji wydanej w sprawie podatkowej decyzji ostatecznej⁶⁰, należy natomiast wskazać na wznowienie postępowania podatkowego, stwierdzenie nieważności decyzji, uchynienie lub zmianę decyzji podatkowej.

Warto nadmienić, że decyzja organu podatkowego drugiej instancji jest decyzją ostateczną i przysługuje na nią skarga do wojewódzkiego sądu administracyjnego (zwanego dalej WSA)⁶¹. Obecnie skargę do WSA wnosi się w terminie 30 dni za pośrednictwem organu, którego działanie lub bezczynność jest przedmiotem skargi. Decyzja o zabezpieczeniu podlega sądowej kontroli tak co do samego zabezpieczenia, jak i wysokości przyszłego zobowiązania. Kontrola sądowa dotyczy przesłanek, którymi kierował się organ, podejmując decyzję o zabezpieczeniu, jak i przede wszystkim tego, czy dowody, jakie przedstawił ten organ, uzasadniają taką decyzję⁶². Z kolei instytucją procesową stwarzającą możliwość prawną legitymowanym podmiotom żądania weryfikacji orzeczenia WSA jest skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego.

W tym miejscu należy również wspomnieć, że jeżeli podatnik poniósł szkodę w wyniku nadużycia tej instytucji prawnej przez organy podatkowe i ustanowione zabezpieczenie było nieuzasadnione, ma prawo domagać się na drodze cywilnoprawnej odszkodowania. Art. 77 Konstytucji RP stanowi, że każdy obywatel ma prawo do wyrównywania szkody wyrządzonej przez organ władzy publicznej. Jednak uregulowania zawarte w k.c., a w szczególności w art. 417¹ § 2 k.c. nie ułatwiają dochodzenia odszkodowania⁶³. Przywołany artykuł stanowi, że jeżeli szkoda została wyrządzona wskutek wydania prawomocnego orzeczenia lub

⁵⁹ Zob. A. Olesińska, *Polskie prawo podatkowe. Zarys systemu*, Toruń 2009, s. 217–223.

⁶⁰ Przez wzgląd na ograniczenia objętościowe publikacji zagadnienie nadzwyczajnych środków ochrony nie zostanie szerzej omówione.

⁶¹ Zob. B. Adamiak [w:] *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, B. Adamiak, J. Borkowski, Warszawa 2006, s. 373.

⁶² R. Mastalski, *op. cit.*, s. 254–255.

⁶³ Zob. A. Marecka, *op. cit.*, s. 52.

ostatecznej decyzji, jej naprawienia można żądać po stwierdzeniu – we właściwym postępowaniu – ich niezgodności z prawem. Literalne brzmienie przepisu wskazuje, że stanowi on podstawę prawną roszczenia o wynagrodzenie szkody wyrządzonej wydaniem niezgodnego z prawem prawomocnego orzeczenia sądowego lub ostatecznej decyzji administracyjnej, nie obejmując tym samym szkody wynikłej z realizacji wykonania prawomocnego orzeczenia sądowego lub ostatecznej decyzji. Wówczas podstawą prawną roszczenia będzie art. 417 k.c. Podobnie art. 417¹ § 2 k.c. nie jest podstawą prawną dla dochodzenia roszczeń o wyrównanie szkody wynikłej z wykonania wadliwego nieprawomocnego orzeczenia sądowego, gdy orzeczeniu nadano rygor natychmiastowej wykonalności, jak również z wykonania wadliwej nieostatecznej decyzji administracyjnej⁶⁴. W tych przypadkach art. 417 k.c. będzie podstawą odpowiedzialności.

Płynie stąd konkluzja, że w sytuacji, gdy w toku postępowania podatkowego lub przed sądem administracyjnym podatnik nie wykaże, że decyzja o zabezpieczeniu była bezzasadna, gdyż nie zachodziła uzasadniona obawa, że zobowiązanie podatkowe nie będzie wykonane, proces odszkodowawczy nie ma szans powodzenia. Pozbawia to podatnika możliwości uzyskania odszkodowania od Skarbu Państwa. Jest to rozwiązanie niezadawalające z punktu widzenia zarówno podatników, jak i organów podatkowych⁶⁵. Dla organów podatkowych będzie wiązało się z wieloletnimi i kosztownymi sporami. Z punktu widzenia podatników, nie jest łatwym zadaniem wykazaniem strat wynikających z zastosowania zabezpieczenia. Faktyczne straty mogą bowiem być wynikiem już samego zabezpieczenia, a nie tylko niemożnością dysponowania majątkiem. Taki podatnik często staje się mało wiarygodny dla kontrahentów i swoich partnerów rynkowych. Następstwem jest utrata posiadanej wcześniej pozycji rynkowej. Z kolei uzyskane odszkodowanie nie musi wcale wiązać się z pełnym pokryciem poniesionych strat. Słusznym remedium na pojawiające się utrudnienia dochodzenia roszczenia odszkodowawczego wydaje się być osobne uregulowanie tej kwestii, które pomogłoby przeciwdziałać wieloletnim i kosztownym sporom, celem zagwarantowania realizacji, wyrażonej już w Konstytucji, odpowiedzialności władzy publicznej.

g. Zakończenie

Podsumowując, należy stwierdzić, że zabezpieczenie wykonania zobowiązania podatkowego stanowi jeden z najważniejszych instrumentów ochrony finansowej władzy publicznej. Jego celem jest zabezpieczenie interesu budżetu państwa i budżetów samorządowych.

⁶⁴ Zob. G. Bieniek [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, Warszawa 2006, s. 339.

⁶⁵ Zob. W. Morawski, *Zabezpieczenie zobowiązań...*, s. 241, Z. Ofiarski, *op. cit.*, s. 242.

Niezwykle ważnym zagadnieniem jest to, aby przepisy regulujące powyższe kwestie były skonstruowane w sposób gwarantujący skuteczną realizację tej ochrony. Należy jednak podkreślić, że celem zabezpieczenia nie jest doprowadzenie do przymusowego wykonania zobowiązania podatkowego ani przymusowy pobór podatku, a zagwarantowanie istnienia środków finansowych na zaspokojenie zobowiązań podatkowych. Dzięki ustanowieniu zabezpieczenia nie maleją szanse na możliwość przymusowego wykonania zobowiązania do czasu wszczęcia postępowania egzekucyjnego. Zestawiając przepisy Ordynacji podatkowej i Ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji należy zauważyć, że zabezpieczenie z Ordynacji podatkowej jest wykorzystywane przed wszczęciem postępowania egzekucyjnego. Stosuje się je, gdy nie ma jeszcze podstaw do wszczęcia postępowania egzekucyjnego. Zabezpieczenie przewidziane w Ustawie o postępowaniu egzekucyjnym jest stosowane z kolei dopiero wtedy, gdy zabezpieczenie z Ordynacji podatkowej okazało się nieskuteczne lub nie było w ogóle ustanowione.

Zabezpieczenie z Ordynacji podatkowej bywa nazywane „swoistym postępowaniem przygotowawczym do egzekucji”. *Ratio legis* przepisów normujących te instytucje jest ustanowienie skutecznego *erga omnes* prawa umożliwiającego wierzycielowi zaspokojenie się z będącej przedmiotem zabezpieczenia nieruchomości lub rzeczy niezależnie od tego, czyją stanowi ona własność.

Sankcja karna w prawie administracyjnym oraz charakter prawny administracyjnych kar pieniężnych

Przez sankcję karną w prawie administracyjnym rozumiemy dolegliwość o charakterze represyjnym, wymierzaną przez organy administracji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie dyrektyw administracyjno-prawnych². Dyrektywy określające powinno zachowanie mogą być zdefiniowane zarówno przez akty o charakterze generalnym, jak i akty o charakterze indywidualnym w postaci np. decyzji administracyjnej.

Kluczowym zagadnieniem teoretyczno-prawnym, które należy wyjaśnić, jest odpowiedź na pytanie, czy sankcja karna stosowana przez organy administracyjne różni się swą istotą od sankcji karnej stosowanej przez sądy?

Można wyróżnić trzy zasadnicze stanowiska, z których jedno zalicza je do prawa karnego, drugie do niemających nic wspólnego z prawem karnym środków przymusu administracyjnego, trzecie, pośrednie, upatrujące w nich charakteru mieszanego administracyjno-karnego.

Kara orzekana za wykroczenia, będąc bardzo zbliżona do kar kryminalnych, jest wymierzana:

1. osobom fizycznym,
2. w orzeczeniu o ukaraniu,
3. po przeprowadzeniu postępowania uregulowanego w Kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia.

^{1*} Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² Zob. P. Sikora, *Sankcja karna w prawie administracyjnym*, Wrocław 2002, s. 26.

Administracyjna kara pieniężna jest natomiast:

1. nakładana nie tylko na osoby fizyczne, lecz także na jednostki organizacyjne posiadające podmiotowość administracyjno-prawną,
2. nakładana w decyzji administracyjnej podlegającej zaskarżeniu do sądu administracyjnego,
3. wydawanej po przeprowadzeniu postępowania normowanego przez Kodeks postępowania administracyjnego³.

Przez wiele lat zgodnie przyjmowano, iż administracyjne kary pieniężne stanowią przejaw odpowiedzialności administracyjnej⁴ i równocześnie zaprzeczano ich związkom z prawem karnym⁵.

Zaczęły pojawiać się opinie, że administracyjne kary pieniężne są formą karnej odpowiedzialności osób prawnych⁶, a w ich stosowaniu można dostrzec coraz mniej podobieństw do tradycyjnych środków oddziaływania administracyjnego, coraz więcej natomiast do form oddziaływania za pomocą prawa karnego, wykraczającego poza ramy odpowiedzialności karnej wyłącznie osób fizycznych⁷. Pojawiające się w ramach administracyjnych kar pieniężnych takie elementy jak możliwość zawieszania czy odraczania kar, a także elastyczność wymiaru kary skłoniły niektórych autorów nawet do zaliczenia tych kar do kar o charakterze penalnym⁸. Niektóre poglądy głosiły wręcz, że administracyjne kary pieniężne stanowią trzeci rodzaj odpowiedzialności karnej (obok odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia)⁹. Z kolei zdaniem O. Górniok kary pieniężne znajdujące się w ustawie antymonopolowej, „mają charakter karnoadministracyjny, a zachowania, za które się je ustala (...) są wykroczeniami. Tak je okre-

³ P. Przybysz, *Kara administracyjna*, Organizacja-Metody-Technika 1987, nr 7, s. 4.

⁴ Por. W. Radecki, *Odpowiedzialność administracyjna w ochronie środowiska. Studium prawno-porównawcze*, Wrocław 1985, s. 114; W. Radecki, *Odpowiedzialność prawna podmiotów gospodarczych w ochronie środowiska*, Dębe 1990, s. 97-98; J. Boć, E. Samborska-Boć, *Ochrona środowiska. Zagadnienia prawne i ekonomiczne*, Wrocław 1989, s. 227; J. Boć, K. Nowacki, E. Samborska-Boć, *Ochrona środowiska*, Wrocław 2000, s. 325 i n.; A. Lipiński, *Elementy prawa ochrony środowiska*, Kraków 2001, s. 240; R. Paczuski, *Prawo ochrony środowiska*, Bydgoszcz 2000, s. 137.

⁵ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 50.

⁶ L. Tyszkiewicz, *Problem odpowiedzialności karnej osób prawnych (zakładów pracy) w polskim systemie prawnym*, ZNUŚL, Prace Prawnicze, V, Katowice 1974, s. 170-171.

⁷ M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2001, s. 15-16.

⁸ W. Radecki, *Kary pieniężne w ochronie środowiska*, Bydgoszcz 1995, s. 46. Autor ten stwierdza: „W obowiązującym stanie prawnym uznaję kary pieniężne za formę odpowiedzialności typu penalnego, którą umieściłbym w prawie administracyjnym. Inaczej mówiąc, jest to moim zdaniem odpowiedzialność administracyjna, ale dość swoista, nacechowana elementami wziętymi z prawa karnego. W konsekwencji uważam kary pieniężne za surogat odpowiedzialności karnej osób prawnych”.

⁹ W. Radecki, *Kary pieniężne w polskim systemie prawnym. Czy nowy rodzaj odpowiedzialności karnej?*, Przegląd Prawa Karnego 1996, nr 14-15, s. 5 i n.; W. Radecki, *Odpowiedzialność prawna w ochronie środowiska*, Warszawa 2002, s. 79.

ślając, akceptujemy wszystkie zasady odpowiedzialności odnoszące się do wykroczeń, w tym wymóg umyślności lub nieumyślności”¹⁰.

Jeszcze inne poglądy głosiły, że administracyjne kary pieniężne mogą w stosunku do tradycyjnych form odpowiedzialności karnej występować w dwojakiej roli: jako uzupełnienie instrumentarium odpowiedzialności karnej, stosowanej w prawie polskim tylko wobec osób fizycznych, instrumentami odpowiedzialności osób prawnych i innych podmiotów kolektywnych albo mogą zastępować odpowiedzialność karną odpowiedzialnością administracyjną¹¹. Jeszcze inni twierdzą, że kary pieniężne w systemie ochrony środowiska mają charakter środków represyjnych albo środków przymusowej realizacji decyzji administracyjnej lub kary za swoiste wykroczenie administracyjne¹².

Znaczną grupę stanowią jednak wciąż poglądy uznające administracyjne kary pieniężne za rodzaj odpowiedzialności administracyjnej. P. Przybysz stwierdził, iż kara administracyjna jest co do istoty środkiem z zakresu policji administracyjnej¹³. Podobnie A. Michór napisał:

Wydaje się, iż celowe byłoby rozważenie uznania odpowiedzialności administracyjnej za część procesu administrowania służącą wypełnianiu swoistych funkcji administracji publicznej, szczególnie policyjnych i reglamentacyjnych¹⁴.

M. Szydło z kolei stwierdza:

Uważam, że należy z całą stanowczością przeciwstawiać się (...) próbom sytuowania kar pieniężnych w obrębie odpowiedzialności karnej (penalnej). Kara pieniężna jest jednym z rodzajów sankcji administracyjnych i powinna być analizowana z punktu widzenia norm oraz konstrukcji prawa administracyjnego (a nie karnego)¹⁵.

¹⁰ O. Górniok, *Wspólnotowe, europejskie, gospodarcze prawo karne?*, PUG 1996, nr 7-8, s. 33; zob. też L. Kubicki, *Prawo karne europejskie (Narodziny pojęcia)*, PiP 1971, z. 12, s. 937 i n.

¹¹ W. Radecki, *Kilka uwag o zastępowaniu odpowiedzialności karnej odpowiedzialnością administracyjną*, [w:] *Współczesne problemy nauk penalnych*, AUW nr 1663, Wrocław 1994; por. również W. Radecki, *Odpowiedzialność administracyjna w prawie polskim*, Zeszyty Naukowe AWS nr 37, Warszawa 1984; W. Radecki, *Odpowiedzialność administracyjna w prawie ochrony środowiska. Studium prawno-porównawcze*, Wrocław 1985; W. Radecki, *Prawo do sądu podmiotu obwinionego o delikt administracyjny*, [w:] *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, pod red. J. Skupińskiego, Warszawa 1995, s. 214-225.

¹² M. Mazurkiewicz, *Opłaty i kary pieniężne w systemie ochrony środowiska w Polsce (struktura prawna i funkcje)*, AUW nr 932, Wrocław 1986, s. 60-61.

¹³ P. Przybysz, *Egzekucja administracyjna*, Warszawa 1999, s. 181-182.

¹⁴ Por. A. Michór, *Odpowiedzialność administracyjna – odrębny rodzaj odpowiedzialności prawnej czy sankcja karna w prawie administracyjnym* [w:] *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, Tom XVIII, AUW No 2786, Wrocław 2005, s. 352.

¹⁵ Por. M. Szydło, *Charakter i struktura prawna administracyjnych kar pieniężnych*, SP 2003, z. 4, s. 131.

Według D. Szumiło-Kulczyckiej:

Od strony formalnej, a zatem od strony ustawowego zaszeregowania istotnych dla omawianego problemu instytucji, takich jak kary pieniężne i opłaty sankcyjne, prawo administracyjno-karne nie istnieje. Realizowana pod powyższą postacią odpowiedzialność jest niczym innym jak formą odpowiedzialności administracyjnej, której ustawodawca w żaden sposób z tej ostatniej nie wyróżnił¹⁶.

Na temat kar administracyjnych wielokrotnie wypowiadał się TK. W wyroku z 29 kwietnia 1998 r.¹⁷, sygn. K 17/97, Trybunał zwrócił uwagę, że kary pieniężne przewidziane zostały nie tylko w prawie karnym, ale również w innych gałęziach prawa: cywilnym (kary umowne) i administracyjnym. Dlatego też zdaniem Trybunału nie można każdej kary pieniężnej utożsamiać z grzywną, a więc instytucją prawa karnego. W wyroku z 18 kwietnia 2000 r.¹⁸, dotyczącym opłat z tytułu niezawarcia obowiązkowej umowy ubezpieczenia, TK uznał, że przepis nakładający na osoby fizyczne lub prawne pewien obowiązek powinien być związany z przepisem określającym konsekwencję niespełnienia tego obowiązku (...). Kary administracyjne stosowane automatycznie, z mocy ustawy, z tytułu odpowiedzialności obiektywnej mają przede wszystkim znaczenie prewencyjne, podczas gdy kara musi mieć charakter zindywidualizowany. Okoliczność, że opłata dodatkowa ma charakter dyscyplinująco-represyjny, nie oznacza, że stanowi karę w rozumieniu przepisów prawa karnego. W wyroku z dnia 24 stycznia 2006 r.¹⁹ TK uznał, że odpowiedzialność karno-administracyjna to odpowiedzialność typu represyjno-porządkowego, będąca przejawem interwencjonizmu państwowego w sferach, jakie zostały uznane przez ustawodawcę za szczególnie istotne.

Odmienności między sankcjami penalnymi a sankcją karną w prawie administracyjnym (na czele z administracyjnymi karami pieniężnymi) można rozważać na różnych płaszczyznach i w kontekście zróżnicowanych aspektów. Pomocne mogą być tutaj także uwagi poczynione w trakcie obowiązywania prawa karno-administracyjnego i toczącej się wówczas dyskusji w doktrynie na temat „jakościowej” różnicy lub jej braku między prawem karno-administracyjnym a prawem karnym.

Rozważając różnicę między prawem karno-administracyjnym a prawem karnym, a ściślej mówiąc między wykroczeniem a przestępstwem, czerpano inspirację z doktryny i ustawodawstwa austriackiego, gdzie orzecznictwo karno-administracyjne traktowano jako dział prawa administracyjnego, odrębny całkowicie od prawa karnego sądowego²⁰. Odrębność tę wyjaśniano

¹⁶ Por. także D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne*, Zakamycze 2004, s. 20.

¹⁷ Wyrok TK z 29 kwietnia 1998 r., sygn. K 17/97 OTK ZU nr 3/1998, poz. 30.

¹⁸ Wyrok TK z 18 kwietnia 2000 r., sygn. K. 23/99 OTK ZU nr 3/2000, poz. 89, pkt 4.

¹⁹ Wyrok TK z 24 stycznia 2006 r., sygn. SK 52/04 OTK ZU nr 1/A/2006, poz. 6, pkt 4.

²⁰ Por. M. Zimmerman, *Art. 72 Konstytucji a dotychczasowe ustawodawstwo polskie*, Lwów 1930, s. 19 i n; M. Zimmerman, *Zagadnienia kodyfikacji orzecznictwa karno-administracyjnego (wybór systemu)*, *Zagadnienia Karno-Administracyjne*, 1961, nr 2, s. 2 i n; M. Zimmerman w pracy zbiorowej pod red. M. Jaroszyńskiego, *Prawo*

w następujący sposób: prawo karne chroni dobra wyższego rzędu o szczególnej wartości dla społeczeństwa lub dla poszczególnych ludzi, służy odpieraniu zamachu na dobra powszechnie chronione, dobra, których naruszenie jest powszechnie potępiane przez społeczeństwo także z moralnego punktu widzenia. Prawo karno-administracyjne chroni natomiast dobra i interesy niższego rzędu, których naruszenie z punktu widzenia moralnego nie jest potępiane przez społeczeństwo. Pojawiał się także pogląd, że wykroczenia mają charakter miejscowy, gdy tymczasem przestępstwa dotyczą obszaru całego kraju²¹. Teorie głoszące istnienie jakościowych różnic między przestępstwem a wykroczeniem wskazywały także na różnicę celów kary kryminalnej oraz karno-administracyjnej. Twierdzono, iż kara administracyjna w odróżnieniu od kary sądowej nie ma charakteru potępiającego²², lecz ma na celu jedynie względy prewencji szczególnej i ogólnej.

Z kolei M. Siewierski dostrzegał różnicę między przestępstwami a wykroczeniami w odrębności organów je rozpoznających:

sprawy o przestępstwa rozpoznawane przez sądy i sprawy o wykroczenia należące do właściwości kolegiów i przez nie osądzone zachowują w pełni swą odrębność właśnie ze względu na odrębność organów rozpoznających te sprawy²³.

Jednak spora grupa badaczy, jak m.in. L. Bar²⁴, M. Cieślak²⁵, E. Izerson²⁶, E.S. Rappaport²⁷, M. Zimmerman²⁸, a także H. Popławski²⁹, twierdziła, że wykroczenie jest w gruncie rzeczy również przestępstwem, lecz o mniejszym ciężarze gatunkowym i zagrożonym niższą karą.

administracyjne, część II, Warszawa 1952, s. 148-149.

²¹ Por. L. Lernell, *Określenie wykroczenia w projekcie prawa o wykroczeniach*, Zagadnienia Karno-Administracyjne 1961, nr 2, s. 20 i n.; R. Rajkowski, *Prawo karno-administracyjne Polski Ludowej*, Warszawa 1955, s. 53 i n.; W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego*, Kraków 1933, t. I, s. 260 i n.

²² Pogląd ten został zawarty m.in. w okólniku MSW nr 88 z dnia 25 kwietnia 1929 r. w sprawie zasad polityki karno-administracyjnej (Dz. Urz. MSW Nr 6, poz. 130), w którym zostało wyjaśnione, że założeniem norm materialnych prawa karno-administracyjnego jest ochrona porządku publicznego oraz umożliwienie przeprowadzenia działalności administracyjnej dla dobra ogółu, a nie ochrona dóbr mających wartość bezpośrednią dla poszczególnych członków społeczeństwa, i dlatego kara administracyjna nie zawiera w sobie cech nagany społecznej czy potępienia.

²³ M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, wyd. VIII, Warszawa 1953, s. 480.

²⁴ L. Bar [w:] I. Starościak, L. Bar, *Postępowanie administracyjne, karno-administracyjne i przymusowe w administracji, z. III*, wyd. Akademii Nauk Politycznych, Warszawa 1949-1950, s. 119 i n.

²⁵ M. Cieślak, *Uwagi na marginesie projektu prawa o orzecznictwie karno-administracyjnym*, Palestra 1961, nr 6, s. 34 i n.

²⁶ E. Izerson, *Reforma orzecznictwa karno-administracyjnego*, PiP 1959, nr 8-9, s. 225

²⁷ E. S. Rapaport, *Zagadnienie kodyfikacji wykroczeń w ustawodawstwie polskim (odbitka z Gazety Sądowej Warszawskiej)*, 1929, s. 4.

²⁸ M. Zimmerman, *Zagadnienia kodyfikacji orzecznictwa karno-administracyjnego (wybór systemu)*, Zagadnienia Karno-Administracyjne, 1961, nr 2, s. 7; M. Zimmerman, *Kolegia czy sądy?*, Zagadnienia Karno-Administracyjne 1962, nr 2, s. 16.

²⁹ H. Popławski, *Zasada ne bis in idem we wzajemnym stosunku prawa karnego, karno-administracyjnego i dyscyplinarnego*, NP. 1964, nr 5, s. 479; H. Popławski, *Karalność czynu przestępnego w zbiegu ustaw karnych z ustawą karno-administracyjną*, Palestra 1965, nr 12, s. 42.

Nie sposób odmówić racji wielu z argumentów wskazywanych na poparcie tezy o braku różnic między przestępstwem a wykroczeniem, a co za tym idzie między prawem karnym a prawem karno-administracyjnym.

Odpowiadając na argument o odmienności dóbr chronionych przez prawo karne oraz prawo karno-administracyjne, należałoby odpowiedzieć na pytanie, czy faktycznie istnieje jakaś różnica w dobrach chronionych przez przepisy zakazujące przechodzenia przez jezdnię w niedozwolonym miejscu, nakazujące dochowanie obowiązku meldunkowego czy statuujące przepisy przeciwpożarowe, bhp itp. od przepisów prawa karnego chroniących zdrowie, życie, mienie, interes społeczny?

Gdy zastanowimy się głębiej nad istotą przepisów karno-administracyjnych, to dojdziemy do wniosku, że także i ich celem jest ochrona tych samych dóbr co prawa karnego. Tezę tę wzmacniają przypadki przestępstw tzw. przepołowionych, np. w okresie obowiązywania prawa karno-administracyjnego drobna kradzież drewna z lasu państwowego wartości do 60 złotych stanowiła wykroczenie, natomiast kradzież tego samego drewna, także na szkodę państwa o wartości przekraczającej 60 złotych, stanowiła przestępstwo. Podobnie rzecz się przedstawiała z nielegalną uprawą tytoniu, za co groziła kara aresztu do roku, a przy nieznacznej szkodzie (20 roślin) – kara aresztu do 3000 złotych, wymierzana przez kolegia. Tak samo z niedozwolonym wyrobem spirytusu: z art. 6 § 1 Ustawy o zwalczaniu niedozwolonego wyrobu spirytusu groziła kara więzienia do lat 3 i grzywny powyżej 5000 zł, ale jeśli były to nieznaczne rozmiary, to z § 2 tegoż artykułu groziła grzywna do 4500 złotych, orzekana przez kolegia³⁰.

Innym argumentem wzmacniającym tezę o braku jakościowej różnicy między przestępstwem a wykroczeniem były procesy zachodzące w okresie obowiązywania prawa karno-administracyjnego, a mianowicie procesy zmiany kategorii niektórych czynów z przestępstw na wykroczenia, np. w myśl art. 27 Dekretu z dnia 16 marca 1953 r. o normach i Polskim Komitecie Normalizacyjnym za dopuszczenie przez kierownika zakładu bądź osobę odpowiedzialną za produkcję wykonania prac niezgodnych z Polską Normą albo za wprowadzenie do obrotu artykułów nieodpowiadających tym normom groziła kara do 3 lat więzienia, natomiast za ten sam czyn w myśl art. 15 Ustawy z dnia 27 listopada 1961 r. o normalizacji groziła tylko kara aresztu do 3 miesięcy lub grzywna do 4500 zł³¹.

Czym można tłumaczyć, że ten sam czyn ustawodawca określił jako przestępstwo karane przez sąd, później zaś uznał go za wykroczenie i przekazał do rozpoznania przez kolegium karno-administracyjne? Czy właśnie swoboda ustawodawcy w zmianie kwalifikacji danego czynu z przestępstwa na wykroczenie może świadczyć o braku jakościowych różnic pomiędzy prawem karno-administracyjnym a prawem karnym? Moim zdaniem tak.

³⁰ Przykłady podaję za H. Poptawskim, *Karalność czynu przestępnego w zbiegu ustaw karnych z ustawą karno-administracyjną...*, s. 38.

³¹ Por. H. Poptawski, *Odpowiedzialność karno-administracyjna z ustawy o normalizacji*, *Zagadnienia Karno-Administracyjne* 1962 r., nr 2, s. 35 i n.

Także drugi koronny argument zwolenników teorii o jakościowej różnicy między przestępstwem a wykroczeniem, a mianowicie mówiący o tym, iż kara administracyjna w odróżnieniu od kary sądowej nie ma charakteru potępiającego, lecz ma na celu jedynie względy prewencji ogólnej i szczególnej, nie znajduje uzasadnienia.

Ustosunkowując się do tej kwestii, należy spojrzeć na nią szerzej, z punktu widzenia ogólnego, a nie analizując konkretne, odosobnione przypadki, np. pojedyncze wykroczenia. Należy przeanalizować całość zagadnienia, po to by określić cel kary karno-administracyjnej oraz karnej, w innym bowiem wypadku możemy dojść do błędnych wniosków. Niejednokrotnie w praktyce zdarzało się tak, że sprawca wykroczenia ponosił surowszą karę niż np. sprawca przestępstwa nieumyślnego³². Mimo istnienia różnic między różnego rodzaju karami, np. karą więzienia i karą aresztu to zasadniczy cel kary kryminalnej, który sprowadza się do wymierzenia sprawcy określonej dolegliwości, jest dla nich wspólny. Wcześniej, kiedy wyłącznym zamierzeniem reakcji kryminalnej była zemsta, odwet, rozróżnienie celów kary kryminalnej i administracyjnej mogło mieć sens. Obecna nauka odrzuca jednak ideę odwetu i o karze jako odwecie można mówić tylko w takim znaczeniu, że człowiek ponosi konsekwencje za swe czyny, które godzą w interes innych ludzi lub interes ogółu. Dotyczy to zarówno przestępstw, jak i wykroczeń. Przykładowo, jeśli sprawca dopuści się wykroczenia w postaci zakłócania krzykiem lub hałasem spokoju i porządku publicznego, to czyn taki bez wątpienia spotka się negatywną oceną społeczeństwa, a sprawca z publicznym potępieniem. Jakkolwiek sprawca ten ponosiłby surowsze konsekwencje, gdyby np. znieważył funkcjonariusza na służbie, zawsze jednak kara, która go spotka za to wykroczenie, spotka się ze społecznym potępieniem. Dlatego też kara za wykroczenie, podobnie jak kara kryminalna, będzie miała oddziaływanie o charakterze prewencji ogólnej, jak i szczególnej. Zapewne sprawca ponownie nie popełni tego samego wykroczenia albo będzie miał większe obawy przed kolejnym jego popełnieniem, zdając sobie sprawę z konsekwencji z tego wynikających. Społeczeństwo natomiast zauważy, że nie warto nie przestrzegać przepisów prawa.

Istnieją także różnice między karą kryminalną a karą wymierzaną za wykroczenia. W karze kryminalnej przeważa nieco element prewencji szczególnej „w sensie jakiegoś poważniejszego, długofalowego oddziaływania na psychikę sprawcy”, w karze administracyjnej wymierzanej za naruszenie przepisów karno-administracyjnych przeważa zaś „element dozących bodźców negatywnych dolegliwości niewielkiej, lecz szybkiej zbliżającej się nieraz do zwykłego napomnienia”³³. Często także ze względu na różny stopień społecznej szkodliwości

³² Na przykład w sprawach o nieumyślne spowodowanie pożarów niepowodujących groźnych skutków przeciętne kary wahały się w granicach 300-500 złotych grzywny; w tych granicach oscylowały także kary wymierzone osobom trudniącym się działalnością gospodarczą bez zezwolenia (dane powyższe dotyczą Łodzi). Podaję za H. Poptawskim, *Karalność czynu przestępnego w zbiegu ustaw karnych z ustawą karno-administracyjną...*, s. 41.

³³ M. Cieślak, *Uwagi na marginesie projektu prawa o orzecznictwie karno-administracyjnym...*, s. 35.

przestępstwa i wykroczenia różny był stopień negatywnej oceny i potępienia zarówno sprawcy, jak i czynu ze strony społeczeństwa. Jednakże, co należy podkreślić, różnice te sprowadzają się do odmienności o charakterze ilościowym, a nie jakościowym.

Podobne argumenty padają ze strony zwolenników odmienności jakościowej między administracyjnymi karami pieniężnymi a sankcjami kryminalnymi. Niektórzy wskazują, że ważne różnice pomiędzy omawianymi karami dają się dostrzec w odniesieniu do ich istoty³⁴. Istota kary kryminalnej sprowadza się do wyrządzenia osobistej dolegliwości sprawcy przestępstwa. Kara ta jest dolegliwa, ponieważ dotyczy tak istotnych dóbr osoby karanej, jak jej majątek, wolność, prawa obywatelskie³⁵, a także jest bardzo mocno związana z problemami etyki, filozofii, socjologii, psychologii, penologii kryminalnej. Istnieje także rozbudowana teoria na temat celów, które kara ta ma spełniać. Kara administracyjna godzi jedynie w dobro w postaci majątku podmiotu naruszającego obowiązki administracyjno-prawne (nie zawsze majątek osoby fizycznej) i ma bardziej praktyczny, utylitarny wymiar, a katalog celów które realizuje jest inny³⁶ albo uboższy. Zdaniem autorów tego poglądu kary kryminalne są wymierzone za fundamentalne naruszenia zasad dotyczących współżycia ludzi w społeczeństwie, natomiast administracyjne kary pieniężne sankcjonują naruszenie norm o charakterze nie rzadko technicznym i stanowią dodatkowy środek służący administracji do realizacji jej zadań. Podmiot postępujący sprzecznie z normami administracyjno-prawnymi nie tyle godzi w konkretne dobra (wartości) etyczno-moralne, ale raczej przeszkadza w urzeczywistnianiu zadań administracji.

Uważam, że odwoływanie się do kryteriów takich jak: stopień społecznej szkodliwości, stopień społecznego potępienia lub społecznego niebezpieczeństwa czynu, stopień związania kar z problemami etyki, filozofii, socjologii czy innych nauk, charakter i rodzaj naruszanych danym czynem dóbr, sama jego natura czy też odmienności celów administracyjnych kar pieniężnych i kar kryminalnych nie wnosi większych wartości poznawczych do dyskusji na temat przynależności administracyjnych kar pieniężnych do reżimu odpowiedzialności administracyjnej czy też odpowiedzialności karnej i nie może stanowić kryterium decydującego o przynależności tych kar do jednego ze wspomnianych rodzajów odpowiedzialności. Są to kryteria na tyle nieostre, nieprzejrzyste, niejednoznaczne i niedookreślone, że nie mogą decydować o charakterze administracyjnych kar pieniężnych.

Jeżeli rozważymy kryterium w postaci odmienności celów kar i związaną z nim różnorodność chronionych dóbr, to na przykład porównując dwie kary: pierwszą z art. 40 ust. 12

³⁴ Por. M. Szydło, *Charakter i struktura prawna administracyjnych kar pieniężnych...*, s. 132.

³⁵ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 7; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1971, s. 221; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 254-255.

³⁶ A. Michór, *Odpowiedzialność administracyjna – odrębny rodzaj odpowiedzialności prawnej czy sankcja karna w prawie administracyjnym...*, s. 345; M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008, s. 232-233.

Ustawy o drogach publicznych oraz karę za wykroczenie z art. 99 § 1 pkt 2 k.w., to możemy stwierdzić, iż celem tej pierwszej jest ochrona pasa drogowego, ponieważ przepis ten znajduje się w rozdziale zatytułowanym „Pas drogowy”, natomiast drugiej, znajdującej się w rozdziale zatytułowanym „Wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji”, ochrona bezpieczeństwa i porządku na drogach publicznych, co wskazywałoby także na to, że przedmiot ochrony nie jest tożsamy. Ale możemy też powiedzieć, że poprzez ochronę pasa drogowego zapewniamy bezpieczeństwo i porządek na drogach publicznych i przepis art. 40 ust. 12 Ustawy o drogach publicznych spełnia ten sam cel i ma za zadanie chronić to samo dobro (ten sam przedmiot ochrony) co art. 99 § 1 pkt 2 k.w., tzn. bezpieczeństwo i porządek na drogach publicznych.

Kryterium kwalifikacji zależy tylko i wyłącznie od niejasno sformułowanego celu i przedmiotu ochrony wyinterpretowanego przy zastosowaniu wykładni językowej, systemowej (np. z tytułu rozdziału) czy też funkcjonalnej, przy czym każda z tych wykładni może przynieść inny rezultat.

Podobnie, rozważając zachowanie zagrożone karą administracyjną w postaci decyzji uprawnionego organu o cofnięciu zezwolenia na wykonywanie krajowego zarobkowego przewozu osób taksówką osobową, za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w postaci przedziurawienia opon w samochodzie innego taksówkarza oraz kary kryminalnej za zniszczenie mienia w postaci przedziurawienia tych samych opon, na pierwszy rzut oka możemy stwierdzić, że cel obu tych kar jest inny, pierwszej z nich ochrona konkurencji, a ściślej mówiąc przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji, natomiast drugiej ochrona mienia. Jeżeli natomiast nieco uogólnimy te cele do np. ochrony zasad współżycia społecznego, to przy takim założeniu okaże się, że cel obu tych kar jest taki sam. Punkt widzenia zależy od sformułowanego celu czy też przedmiotu ochrony.

Ponadto nawet jeżeli dojdziemy do wniosku o odrębności celów i przedmiotów ochrony obu tych kar, to nie otrzymamy kryterium pozwalającego jednoznacznie określić przynależność administracyjnych kar pieniężnych do reżimu odpowiedzialności administracyjnej czy też karnej. Jeżeli rozważymy przykład z zakresu prawa karnego w postaci czynu polegającego na spółkowaniu ojca ze swoją córką w wieku poniżej lat 15, to czyn ten wypełnia znamiona zarówno „czynu nierządnego z osobą poniżej lat 15” (art. 203 k.k.), jak i znamiona „spółkowania z krewnym w linii prostej” (art. 206 k.k.) i w tym przypadku odrębność zarówno celów ochrony, jak i dóbr chronionych nie sprawia, iż będziemy mieć do czynienia z odrębnym rodzajem odpowiedzialności, a wręcz przeciwnie – ustawodawca dąży w takim przypadku do uniknięcia multiplikowania ocen prawnych na bazie jednego czynu poprzez zastosowanie konstrukcji kumulatywnego zbiegu przepisów wyrażonej w art. 11 k.k.

Argumentem padającym w dyskusji na temat specyfiki administracyjnych kar pieniężnych w stosunku do kar kryminalnych mającym jednoznacznie stwierdzić, iż administracyjne kary pieniężne nie stanowią wyrazu odpowiedzialności karnej, było twierdzenie, iż podmiotem

czynu w znaczeniu prawnokarnym może być jedynie człowiek, osoba fizyczna, a nie zwierzę i osoba prawna, dlatego wywodzono, że skoro przestępstwo jest czynem, a podmiotem tego czynu może być jedynie osoba fizyczna, to administracyjne kary pieniężne nakładane na jednostki organizacyjne nie mają nic wspólnego z odpowiedzialnością karną za przestępstwa³⁷. W piśmiennictwie można było spotkać także pogląd, że skoro przestępstwo jest czynem zawinionym, to podmiotem czynu może być tylko człowiek (a nie osoba prawna), gdyż tylko on jest zdolny zawinić³⁸.

Argument ten w chwili obecnej, w kontekście rozważanego zagadnienia, stracił na znaczeniu z uwagi na wejście w życie Ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary³⁹.

W. Radecki, który był daleki od uznania administracyjnych kar pieniężnych za rodzaj odpowiedzialności karnej, twierdził z kolei, że kluczowym elementem niepozwalającym uznać administracyjnych kar pieniężnych za odpowiedzialność karną osób prawnych był brak możliwości wymierzania tych kar w ramach swobodnego wymiaru kary w granicach określonych ustawą, co dla prawa karnego jest bardzo charakterystyczne. Wysokość kary administracyjnej była bowiem ustalana na zasadzie niemal pełnego automatyzmu, gdyż wynikała ona z zastosowania określonych tabel i organ wymierzający karę nie mógł według własnego uznania określić jej wysokości, nie mógł także w żaden sposób jej modyfikować. Twierdził ponadto, że na wyrost byłoby twierdzenie, iż kara pieniężna czyni zadość społecznemu poczuciu sprawiedliwości, o oddziaływaniu wychowawczym trudno mówić, a sama funkcja prewencyjna to za mało, aby uznać karę pieniężną za wyraz odpowiedzialności karnej⁴⁰.

Sam autor jednak zmienił zdanie na ten temat. Po pierwsze zauważył, że ustawodawca wprowadził zmianę w kwietniu 1989 r. w postaci możliwości odroczenia terminu płatności kary z obowiązkowym zaliczeniem jej na poczet środków własnych na zrealizowane inwestycje ochronne, która to instytucja miała charakter środka probacyjnego zbliżającego kary administracyjne do prawa karnego. Po drugie dostrzegł, że ustawodawca z czasem wprowadził regulacje, które osłabiły – w odniesieniu do kar pieniężnych przewidzianych w ustawach morskich oraz prawie geologicznym i górniczym – jeden z najważniejszych zdaniem W. Radeckiego argumentów przemawiających przeciwko tezie o odpowiedzialności karnej osób prawnych, tj. wprowadziły swobodny wymiar kary w granicach określonych ustawą⁴¹.

³⁷ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, s. 50.

³⁸ W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 126.

³⁹ Dz.U. Nr 197, poz. 1661.

⁴⁰ W. Radecki, *Odpowiedzialność prawna podmiotów gospodarczych w ochronie środowiska*, Dębe 1990, s. 97-98.

⁴¹ W. Radecki, *Kary pieniężne w ochronie środowiska...*, s. 45.

Bardzo istotnym elementem struktury administracyjnych kar pieniężnych, który zdaniem wielu autorów odróżnia je od kar kryminalnych, jest przesłanka subiektywizująca odpowiedzialność, czyli wina. Jest to przesłanka budząca największe kontrowersje i wątpliwości ze względu na brak jednoznacznych reguł jej stosowania w przypadku kar pieniężnych. Cytując W. Radeckiego:

W dyskusjach prowadzonych niegdyś w gronie ekonomistów padały argumenty przemawiające za rezygnacją z kar pieniężnych i zastąpieniem ich opłatami m.in. dlatego, że opłata powinna być skuteczniejsza niż kara, która wymaga udowodnienia winy⁴².

Skojarzenie „kary” i „winy” okazało się zatem tak silne, że niejako automatycznie kierowało na tor rozumowania, że jeśli ma być „kara”, to wcześniej musiała być „wina”⁴³. Tradycyjnie przyjmuje się, że odpowiedzialność prawna w prawie administracyjnym ma charakter obiektywny i nie jest uzależniona od winy sprawcy. Wielu przedstawicieli nauki, a także liczne orzecznictwo uważa, że do przyjęcia tej odpowiedzialności wystarczający jest sam fakt naruszenia obowiązków administracyjno-prawnych, bez względu na przyczynę, która do tego doprowadziła⁴⁴. Podając za D. Szumiło-Kulczycką w 88 przypadkach statuujących

⁴² A. Ginsberg-Gebert, P. Jeżowski, M. Woźniak, *Rachunek ekonomiczny w dziedzinie ochrony środowiska, możliwości i uwarunkowania jego zastosowań*, [w:] *Ekonomiczne aspekty ochrony środowiska*, pod red. A. Ginsberga-Geberta, Warszawa 1976, s. 50.

⁴³ W. Radecki, *Kary pieniężne w ochronie środowiska...*, s. 94-95.

⁴⁴ Por. Z. Cieślak, I. Lipowicz, Z. Niewiadomski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 1999, s. 74; P. Przybysz, *Egzekucja administracyjna...*, s. 183; J. Jendrośka, *Postępowanie administracyjne i sądowo-administracyjne*, Poznań-Wrocław 2001, s. 105; J. Machowski, *Ochrona środowiska. Prawo i zrównoważony rozwój*, Warszawa 2003, s. 134; J. Grabowski, *Publiczny obrót papierami wartościowymi. Ustrój prawny i procedury*, Warszawa 1996, s. 202; A. Lipiński, *Prawne podstawy ochrony środowiska*, Zakamycze 2002, s. 292; P. Sikora, *Sankcja prawna w prawie administracyjnym*, Wrocław 2002, s. 97; wyrok NSA z 3 stycznia 1983 r., i SA 1517/83, Rzeczpospolita z 18 grudnia 1984 r.; wyrok NSA z 6 maja 1982 r., SA 74/82, Rzeczpospolita z 7 lutego 1983 r.; wyrok NSA z 10 sierpnia 1982 r., i SA 579/82, Rzeczpospolita z 7 lutego 1983 r.; wyrok NSA z 9 grudnia 1986 r., IV SA 704/86, ONSA 1986, nr 2, poz. 66; wyrok NSA z 6 stycznia 1987 r., IV SA 667/86, ONSA 1987, z. 1, poz. 6; wyrok NSA z 9 kwietnia 1986 r., IV SA 358/86, ONSA 1986, z. 2, poz. 47; wyrok NSA z dnia 14 października 1998 r., IV SA 1792/96, Lex nr 45145; wyrok NSA z dnia 7 grudnia 1994 r., SA/Lu 49/94, Monitor Podatkowy 1995, z. 6, s. 189, w którym sąd stwierdził: „pobranie opłaty manipulacyjnej dodatkowej od przewoźnika lub spedytora w razie zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 70 ust. 3 Prawa celnego, jest niezależne od kwestii winy przewoźnika lub spedytora”; wyrok NSA z dnia 16 stycznia 1996 r., SA/Po 2264/95, Prawo Gospodarcze 1996, z. 7, s. 35, w którym NSA przyjął, że: „(...) opłata manipulacyjna dodatkowa, będąca formą sankcji, obciąża przewoźnika bez względu na to, czy przyczynił się on, czy też nie do próby przywiezienia towaru nieujętego w dokumentacji celnej. Brak świadomości przewoźnika co do okoliczności, iż jego kierowca dopuścił się wymienionego czynu nie zwalnia przewoźnika od obowiązku uiszczenia opłaty”; wyrok NSA z dnia 5 czerwca 2001 r., III SA 2661/00, Lex nr 51232; wyrok NSA z 9 października 2001 r., II SA 2169/00, w którym stwierdzono, że: „przepisy ustawy o ochronie gruntów rolnych i leśnych nie przewidują żadnych sytuacji wyjątkowych, które umożliwiałyby organom administracji odstępianie od wydania decyzji administracyjnej lub wymierzenia należności, jeśli spełnione są przesłanki art. 28 tej ustawy. W szczególności błędy popełnione przy pomiarach geodezyjnych lub zła interpretacja przepisów ustawy, nawet jeżeli były niezawinione przez sprawcę wyłączenia, nie są okolicznościami, które w świetle przepisów ustawy zdjęłyby z niego odpowiedzialność za wyłączenie gruntów z produkcji”; uchwała SN z dnia 5 września 1995 r., III AZP 16/95 z glosą K. Gruszeckiego, PiP 1996, z. 10, s. 109.

administracyjne kary pieniężne ustawa na temat winy milczy. Z kolei w dalszych 14 przypadkach wymagane jest uwzględnienie subiektywnej strony zachowania karalnego, co wynika wprost z ustawy bądź pośrednio z formy określenia sposobu popełnienia czynu zabronionego⁴⁵.

Pogląd ten nie jest jednak przyjmowany jednomyślnie⁴⁶. Podkreśla się, że już z samej istoty kary pieniężnej wynika przesłanka winy. Niektórzy autorzy podkreślają, że z tego powodu wina powinna być brana pod uwagę zarówno jako przesłanka decydująca o odpowiedzialności⁴⁷, jak też jako kryterium decydujące o wysokości kary pieniężnej⁴⁸.

Również TK nie jest w tej kwestii jednomyślny. Trybunał w orzeczeniu z dnia 1 marca 1994 r. stwierdził, iż:

w odniesieniu do kary administracyjnej do jej wymierzenia musi wystąpić subiektywny element winy. Podmiot, który nie dopełnia obowiązku administracyjnego, musi więc mieć możliwość obrony i wykazywania, że niedopełnienie obowiązku jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności⁴⁹.

W późniejszych orzeczeniach Trybunał odszedł jednak od stanowiska eksponującego znaczenie elementu subiektywnego przy wymierzaniu kar administracyjnych na rzecz obiek-

⁴⁵ D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne...*, s. 148.

⁴⁶ Por. m.in. M. Wierzbowski [w:] C. Banasiński i in., *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2003, s. 301; M. Wierzbowski [w:] R. Czerniawski, M. Wierzbowski, *Ustawa prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 145; A. Chłopecki [w:] *Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz*, pod red. L. Sobolewskiego, Warszawa 1999, s. 593; A. Skoczylas, *Sankcje nakładane na członków zarządy banku na podstawie art. 141 prawa bankowego jako przykład kary administracyjnej*, *Prawo Bankowe* 2000, nr 12, s. 50; S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 402; uchwała NSA z 21 grudnia 1998 r., OPS 13/98, OSP 1999, z. 6, poz. 107 z aprobowanymi głosami A. Lipińskiego i W. Radeckiego; wyrok SA z dnia 24 kwietnia 1996 r., XVII Ama 34/95, w którym sąd stwierdził, że: „kary pieniężne powinny być stosowane w sytuacji, gdy zachowanie podmiotu gospodarczego nie tylko jest bezprawne, ale można także przypisać sprawcy winę w znaczeniu subiektywnym. Wina jest bowiem podstawową zasadą odpowiedzialności w polskim prawie”; wyrok SA z 6 stycznia 1999 r., XVII Ama 69/98; wyrok NSA z 11 maja 1999 r., IV SA 812/97, w którym sąd przyjął, że okolicznością wyłączałą odpowiedzialność jest błędne uprzednie działanie organów administracji, w następstwie którego jednostka dopuszcza się przekroczenia; wyrok NSA z 19 marca 2001 r., IV SA 168/99, Wspólnota 2001, nr 15, s. 50, w którym stwierdzono, iż podmiot legitymujący się ostateczną decyzją zezwalającą na wycięcie drzew, nawet jeśli pochodziła ona od organu niewłaściwego, nie może być obciążony karą pieniężną za wycięcie drzewa bez wymaganego zezwolenia; wyrok NSA z 27 października 1999 r., II SA 1586/99, *Prawo Gospodarcze* 2000, z. 3, s. 38, w którym NSA uznał, że: „towarzystwo emerytalne nie ponosi odpowiedzialności administracyjnej (kary pieniężnej) za działania osób trzecich-pośredników prowadzących działalność akwizycyjną na jego rzecz”.

⁴⁷ W. Brzeziński, *Ochrona prawna naturalnego środowiska człowieka*, Warszawa 1975, s. 218-219; M. Szydło, *Charakter i struktura prawna administracyjnych kar pieniężnych...*, s. 143.

⁴⁸ K. Podgórski, *Ochrona wód przed zanieczyszczeniem w świetle prawa administracyjnego*, Warszawa 1974, s. 145.

⁴⁹ Orzeczenie z 1 marca 1994 r., U. 7/93, OTK 1994, cz. I, poz. 5.

tywnej postaci odpowiedzialności administracyjnej⁵⁰. W wyroku z dnia 4 lipca 2002 r., sygn. P 12/01, TK zaznaczył jednak, iż:

obiektywna koncepcja odpowiedzialności cywilnej (także administracyjnej) przypominająca anglosaską koncepcję *strict liability* nie jest odpowiedzialnością absolutną, tzn. że naruszający przepisy może zwolnić się od odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że uczynił wszystko, czego można było od niego rozsądnie wymagać, aby do naruszenia przepisów nie dopuścić (...). Ustawodawca nie odrzuca kategorii winy jako elementu odpowiedzialności, tyle tylko, że na zasadach przyjętych i akceptowanych na gruncie prawa cywilnego, co w gruncie rzeczy oznacza odrzucenie zasady domniemania niewinności. Jednakże brak winy podmiotów w stosunku, do których ma być zastosowana sankcja (...) może być przesłanką odstąpienia od zastosowania sankcji lub jej złagodzenia, tyle tylko, że fakt ten musi wykazać podmiot w stosunku, do którego istniał normatywnie określony obowiązek określonego zachowania.

Jak zauważa W. Radecki, trafne jest spostrzeżenie, że żaden przepis ustaw przewidujących kary pieniężne ani rozporządzeń wykonawczych do nich nie wskazuje, jakoby wina była przesłanką wymierzenia kary. Ale równie trafne jest spostrzeżenie, że żaden taki przepis nie wskazuje, że wina nie jest warunkiem wymierzenia kary⁵¹. Może zatem z zasad systemu prawa należałoby wnosić, że wina musi być warunkiem wymierzenia kary?

Odpowiedź na to pytanie nie jest prosta, ponieważ brak odpowiedniej teorii odpowiedzialności administracyjnej i dlatego orzecznictwo i nauka stara się poszukiwać pewnych rozwiązań łagodzących nieco koncepcję obiektywnej odpowiedzialności. Póki co, odnosząc się do rozróżnień spotykanych w systemach *common law* na *strict liability* i *absolute liability*, szersze uznanie znajduje, jak m.in. w wyżej zacytowanym wyroku TK, pierwsza koncepcja, tj. *strict liability*⁵² polegająca na odpowiedzialności obiektywnej (bez winy), ale ten, kto ma ją ponieść, może się od niej uwolnić, wykazując, iż uczynił wszystko, czego można od niego rozsądnie wymagać, aby do czynu pociągającego za sobą odpowiedzialność nie dopuścić. W koncepcji *absolute liability* nie ma żadnych okoliczności zwalniających od odpowiedzialności.

Interesujący jest także sposób interpretacji przepisów wspólnotowego prawa konkurencji, zgodnie z którymi antykonkurencyjne zachowania przedsiębiorstw mogą być sankcjonowane karą pieniężną (*fines*), o ile dane przedsiębiorstwo dopuściło się tych zachowań umyślnie (*intentionally*) lub w wyniku niedbalstwa (*negligently*)⁵³.

⁵⁰ Por. uzasadnienia wyroków TK z 29 kwietnia 1998 r., sygn.. K 17/97, OTK ZU 1998, z. 3, poz. 30, wyroku z 4 lipca 2002 r., sygn.. P 12/01, OTK ZU 2002, z. 4a, poz. 50.

⁵¹ W. Radecki, *Kary pieniężne w ochronie środowiska...*, s. 96.

⁵² Por. wyrok z 4 lipca 2002 r., sygn.. P 12/01, OTK ZU 2002, z. 4a, poz. 50; W. Radecki, *Kary pieniężne w ochronie środowiska...*, s. 101.

⁵³ Zob. art. 15 rozporządzenia Rady nr 17/62/EWG (OJ, 1962, 13/204 ze zm.) oraz art. 14 rozporządzenia Rady nr 4064/89/EWG w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw (OJ, 1990, L 257/13 ze zm.).

Można więc powiedzieć, że powoli zaczyna się kształtować zgoda co do potrzeby uwzględnienia elementu subiektywnego (winy) przy wymierzaniu administracyjnych kar pieniężnych. Brak jednak zgody co do tego, jak należałoby ten podmiotowy (subiektywny) element rozumieć. Element ten nie może być przy tym jedynie okolicznością braną pod uwagę obok innych czynników przy ustalaniu odpowiedzialności, lecz powinien generalnie warunkować zasadność wymierzania administracyjnych kar pieniężnych, ponieważ indywidualizacja odpowiedzialności jest kardynalną zasadą współczesnego prawa i nie ma powodów, aby odmawiać tej zasadzie racji bytu również w tym obszarze. Ze względu na specyfikę wymierzania administracyjnych kar pieniężnych, polegającą często na potrzebie wymierzania ich szybko i efektywnie, nie wydaje się konieczne, aby to organ administracji stosujący karę pieniężną udowadniał winę sprawcy, ale z całą pewnością poszczególne jednostki powinny mieć prawo przynajmniej do wykazywania swej niewinności oraz dowodzenia, że za dane naruszenie nie ponoszą odpowiedzialności.

Kary kryminalne stoją, a przynajmniej powinny stać, najwyżej w hierarchii dolegliwości i podlegają najpełniejszemu reżimowi zasad i przesłanek ich wymierzania (w tym między innymi potrzebie udowodnienia sprawcy winy, o czym stanowi *expressis verbis* art. 1 § 3 Kodeksu karnego (dalej: k.k.), który stanowi, że: „Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu”⁵⁴ oraz powinny pełnić rolę subsydiarną, tzn. nie powinny wkraczać tam, gdzie wystarczające są środki z innych dziedzin prawa. Wydaje się, że sytuacja, w której do wymierzenia administracyjnych kar pieniężnych nie jest potrzebne udowodnienie winy sprawcy, a nawet więcej – nie jest możliwe uniknięcie odpowiedzialności przez sprawcę (nawet niepoczytalnego – przez co *de facto* staje się surowszym rodzajem odpowiedzialności od odpowiedzialności karnej), może stanowić wyraz obniżania gwarancji procesowych po stronie ukaranego za pomocą nieskomplikowanego zabiegu polegającego na zakwalifikowaniu przez ustawodawcę danego czynu do kategorii deliktów administracyjnych zamiast do przestępstw lub wykroczeń.

Ostatnim elementem, który warto rozważyć, zastanawiając się nad charakterem administracyjnych kar pieniężnych, jest kryterium proceduralne, a właściwie odpowiedź na pytanie, czy nie jedynym czynnikiem decydującym albo co najmniej kluczowym dla przynależności administracyjnych kar pieniężnych do odpowiedzialności administracyjnej albo karnej jest decyzja ustawodawcy polegająca na zaszeregowaniu tych kar do danego reżimu odpowiedzialności prawnej?

Rozważania na temat elementu materialnego stanowiącego cechę charakterystyczną administracyjnych kar pieniężnych mogącego zadecydować o przynależności tych kar do reżimu odpowiedzialności karnej albo administracyjnej nie przynoszą satysfakcjonującego rezultatu. W tym m.in. analiza elementu subiektywnego, czyli winy nie pozwala jedno-

⁵⁴ Dz. U. z 1997 nr 88 poz. 553.

znacznie określić charakteru tych kar, gdyż dopiero wtórnie (pochodnie) już po zakwalifikowaniu tych kar do danego reżimu odpowiedzialności możemy określać subiektywny lub obiektywny charakter tej odpowiedzialności, natomiast nie stanowi on samoistnego kryterium kwalifikacyjnego.

Z tego powodu warto odnieść się do kryterium czysto proceduralnego, którego kluczową rolą nie jest doszukiwanie się cech charakterystycznych administracyjnych kar pieniężnych czy jakiegoś specyficznego elementu materialnego, ale czysto proceduralna decyzja ustawodawcy o umieszczeniu tych kar w danej regulacji ustawowej, poddaniu ich określonej procedurze wymierzania i wskazaniu odpowiednich uprawnionych organów.

Na ten aspekt zwraca uwagę wielu autorów opowiadających się za zakwalifikowaniem kar pieniężnych do odpowiedzialności administracyjnej⁵⁵, a także niektórzy autorzy dostrzegający różnicę między przestępstwami a wykroczeniami w okresie obowiązywania prawa karno-administracyjnego⁵⁶.

Jednakże samo zakwalifikowanie kar pieniężnych do odpowiedzialności administracyjnej nie rozwiązuje wszystkich problemów związanych z kwalifikacją kar pieniężnych, ponieważ jak wcześniej wskazano doktryna prawa administracyjnego nie wypracowała dostatecznie określonej definicji pojęcia odpowiedzialności administracyjnej.

Przydatne okazują się w tym kontekście cechy tej odpowiedzialności wskazane przez J. Boć takie jak: oparcie na prawie administracyjnym bez warunkującego związku z prawem rzeczowym, naruszeniem zobowiązania czy czynem niedozwolonym rozumianym w kategoriach prawa cywilnego, określenia treści i rozmiarów tej odpowiedzialności dokonują organy administracji państwowej, określenie to następuje w sposób władczy, działanie tych organów ma charakter stały, permanentny i podejmowany jest przede wszystkim z urzędu, procedura realizacji tego obowiązku odbywa się przy wykorzystaniu instytucji postępowania administracyjnego, przy realizacji funkcji odpowiedzialności administracyjnej chodzi zawsze o realizację interesu społecznego, ustalenie przyczyny uruchomienia tej odpowiedzialności ma przebieg obiektywny⁵⁷. Jak wskazuje W. Radecki odpowiedzialność ta musi mieć charakter bezprawny (co wyłącza z zakresu tej odpowiedzialności np. opłaty za gospodarcze korzystanie ze środowiska)⁵⁸.

Takie czysto formalne podejście do zagadnienia charakteru administracyjnych kar pieniężnych, czynione w oparciu o ustawowe zaszeregowanie tego typu środków, nie jest oczywiście bez wad. Po pierwsze nie uwzględnia ono specyfiki pewnych regulacji w ramach

⁵⁵ P. Przybysz, *Egzekucja administracyjna...*, s. 181-182; A. Michór, *Odpowiedzialność administracyjna – odrębny rodzaj odpowiedzialności prawnej czy sankcja karna w prawie administracyjnym...*, s. 352; M. Szydło, *Charakter i struktura prawna administracyjnych kar pieniężnych...*, s. 131; D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne...*, s. 20.

⁵⁶ M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach...*, s. 480.

⁵⁷ J. Boć, E. Samborska-Boć, *Ochrona środowiska. Zagadnienia prawne i ekonomiczne...*, s. 224-225.

⁵⁸ W. Radecki, *Kary pieniężne w ochronie środowiska...*, s. 48.

określonej dziedziny prawa i niejako ogranicza pole rozważań do podstawowych rodzajów odpowiedzialności takich jak karna, administracyjna czy cywilna. Po drugie formalne, oparte wyłącznie na przypisaniu ustawowemu, charakteryzowanie środków prawnych nie uwzględnia aspektu materialnego danych środków i pomija rzeczywistą treść i charakter danej regulacji. W szczególności przy takim podejściu pojawia się problem, jak rozumieć art. 42 Konstytucji, który stanowi: odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, tzn. czy jest to termin o ustalonym z góry znaczeniu, a cytowana norma wyznacza jedynie warunki tej odpowiedzialności, czy też użyte w tym przepisie pojęcie „odpowiedzialność karna” ma charakter autonomiczny i w konsekwencji obejmuje wszelkie formy karania za czyny zabronione pod groźbą kary⁵⁹. W zależności od przyjęcia jednego czy drugiego sposobu rozumienia tego przepisu, różny będzie też jego zakres oddziaływania. W przypadku pierwszej koncepcji zakres zastosowania tego przepisu zostanie ograniczony jedynie do odpowiedzialności za przestępstwa i dalsza część tej normy będzie stanowiła warunek niezbędny zastosowania tej odpowiedzialności. W drugim przypadku norma ta będzie nam wskazywała sytuacje, w których mamy do czynienia z odpowiedzialnością karną, co pociągnie za sobą konsekwencje związane z zastosowaniem gwarancji procesowych wskazanych w ust. 2 i 3 tego przepisu, ponieważ zawsze wtedy, gdy ustawodawca zabrania czegoś pod groźbą kary, to będziemy mieli do czynienia z odpowiedzialnością karną, a co za tym idzie koniecznością zagwarantowania jednostce prawa do obrony i domniemania niewinności.

Trudno jednoznacznej odpowiedzi poszukiwać w orzecznictwie TK, ponieważ w różnych orzeczeniach Trybunał opowiada się raz za pierwszą, innym razem za drugą koncepcją.

W wyroku z dnia 4 lipca 2002 r.⁶⁰ TK jednoznacznie opowiedział się za pierwszą koncepcją:

(...) art. 42 ust. 1-3 Konstytucji, który – co należy wyraźnie zaznaczyć – w sposób niebudzący wątpliwości odnosi się tylko do odpowiedzialności karnej i postępowania karnego. Nie ma podstaw, a niejednokrotnie faktycznych możliwości, do rozciągania treści tych przepisów na wszelkie postępowania, w których stosowane są jakiegokolwiek środki przewidujące dla adresata orzeczenia jakiegokolwiek sankcje i dolegliwości. Inne podejście w tej materii prowadziłoby do zakwestiono-

⁵⁹ K. Wojtyczek, *Zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego*, CzPKiNP 1999, z. 1, s. 5 lub K. Wojtyczek, *Zasada wyłączności w sferze prawa represyjnego*, [w:] *Racjonalna reforma prawa karnego*, red. A. Zoll, Warszawa 2001, s. 315.

⁶⁰ Zob. uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 lipca 2002 r., P 12/01, OTK ZU 2002, z. 4 A, poz. 50; por. także wyrok TK z dnia 15 stycznia 2007 r., sygn. P 19/06 OTK ZU 1/A/2007, poz. 2; wyrok TK z dnia 26 listopada 2008 r., sygn. U 1/08 OTK ZU 9/A/2008, poz. 160; postanowienie TK z 9 grudnia 2008 r., sygn. P 52/07 OTK ZU nr 10/A/2008, poz. 184; wyrok TK z 7 lipca 2009 r., sygn. K 13/08 OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 105; wyrok TK z dnia 22 września 2009 r., sygn. SK 3/08 OTK ZU 8/A/2009, poz. 105; wyrok TK z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. K 6/09 OTK ZU 2/A/2010, poz. 15.

wania całej filozofii winy i odpowiedzialności na gruncie prawa cywilnego i administracyjnego, która posiada bogate tradycje i nie jest kwestionowana. Stąd też Trybunał w dotychczasowym swoim orzecnictwie przewidział – w zakresie stosowania zasady domniemania niewinności – jedynie pewne odstępstwa na rzecz postępowań, których celem i funkcją jest zastosowanie represji (np. w postępowaniu dyscyplinarnym) i to jedynie poprzez odpowiednie (a nie wprost) stosowanie art. 42 ust. 3.

Ten punkt widzenia Trybunału limituje odpowiedzialność karną tylko do tego, co faktycznie zostało uznane przez ustawodawcę za taką i w konsekwencji prowadzi do sytuacji, w której zaszerzeganie sankcji do innej gałęzi prawa powoduje, że gwarancje zawarte w art. 42 Konstytucji nie będą miały zastosowania.

Natomiast m.in. w wyroku z dnia 8 lipca 2003 r.⁶¹ Trybunał zajął przeciwne stanowisko:

W ocenie Trybunału konstytucyjne znaczenie tego pojęcia nie może być ustalane poprzez odwołanie się do obowiązującego ustawodawstwa, w przeciwnym przypadku analizowany przepis utraciłby swoje znaczenie gwarancyjne. Z tego względu należy przyjąć, że zakres stosowania art. 42 Konstytucji obejmuje nie tylko odpowiedzialność karną w ścisłym tego słowa znaczeniu, a więc odpowiedzialność za przestępstwa, ale również inne formy odpowiedzialności prawnej związane z wymierzaniem kar wobec jednostki. Przedstawione zasady konstytucyjne obejmują różne dziedziny prawa represyjnego, w tym m.in. prawo wykroczeń.

Z kolei z punktu widzenia materialnej odmienności administracyjnych kar pieniężnych, nawiązujących nie tyle do ich ustawowego zaszerzegania, ile do ich materialnej treści i faktycznego charakteru, może okazać się, że kary te niczym nie różnią się od kar wymierzanych w postępowaniu karnym czy wykroczeniowym⁶². Na ten aspekt wskazuje wielu autorów, w tym m.in. K. Wojtyczek, pisząc, że tego typu regulacje mogą służyć obejściu gwarancji z art. 42 Konstytucji⁶³. W podobnym tonie o administracyjnych karach pieniężnych wypowiedział się A. Lipiński, podając w wątpliwość konstytucyjność regulacji prawa energetycznego zezwalającemu Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki na wymierzanie kar pieniężnych o jego zdaniem penalnym charakterze⁶⁴. J. Skupiński, przychylając się do poglądów o karnym charakterze

⁶¹ Wyrok TK z dnia 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02 OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 62; por. także wyrok TK z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. SK 22/02, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 97; wyrok TK z dnia 3 listopada 2004 r., sygn. K 18/03 OTK ZU 10/A/2004, poz. 103; wyrok TK z dnia 19 marca 2007 r., sygn. K 47/05 OTK ZU 3/A/2007, poz. 27; wyrok TK z dnia 2 września 2008 r., sygn. K 35/06 OTK ZU 7/A/2008, poz. 120.

⁶² Por. D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne...*, s. 22-24.

⁶³ K. Wojtyczek, *Zasada wyłączości ustawy w sferze prawa represyjnego*, CzoPKiNP 1999, z. 1, s. 5 lub K. Wojtyczek, *Zasada wyłączości w sferze prawa represyjnego*, [w:] *Racjonalna reforma prawa karnego*, red. A. Zoll, Warszawa 2001, s. 315.

⁶⁴ A. Lipiński, *Niektóre problemy nowego prawa energetycznego*, PUG 1998, nr 5, s. 8.

administracyjnych kar pieniężnych, dodaje, że jest to odpowiedzialność karna, tyle że „formalnie zakamuflowana” przez nadawanie jej administracyjnego charakteru⁶⁵.

Mimo wyżej wskazanych wad ujęcia formalnego, uważam, iż stanowi ono kryterium bardziej przejrzyste, pozwalające w stosunkowo prosty sposób na zaszeregowanie administracyjnych kar pieniężnych po stwierdzeniu występowania cech wymienionych przez J. Bocię do reżimu odpowiedzialności administracyjnej lub karnej. Jednakże kryterium to powinno być skuteczne przy założeniu, że ustawodawca przestrzega pewnych reguł ustanawiania tych kar.

W literaturze wskazuje się, że za odstępieniem od karnej metody regulacji stosunku społecznego na rzecz metody administracyjnej i obiektywnego charakteru odpowiedzialności prawnej może przemawiać typ stosunku społecznego i chęć uwolnienia się od odpowiedzialności na zasadzie winy⁶⁶, jak np. w ochronie środowiska czy wolnej konkurencji. Ustawodawca w ten sposób może odciążać wymiar sprawiedliwości na rzecz administracji publicznej, a także umożliwiać szybsze rozpatrywanie spraw. Czynnikiem, który powinien być brany pod uwagę przy konstruowaniu odpowiedzialności w reżimie odpowiedzialności administracyjnej lub karnej, powinien być stopień zagrożenia, jaki niesie ze sobą działanie podlegające karze dla wartości ważnych społecznie⁶⁷. Nie budzi wątpliwości, że naruszenie takich dóbr jak życie, zdrowie, wolność, ład konstytucyjny czy obronność kraju ze względu na swoją rangę i doniosłość powinno być karane sankcjami prawa karnego, a nie administracyjnymi sankcjami pieniężnymi. W przypadku naruszenia tych dóbr kara finansowa, mimo nawet swej dolegliwości, nie spełniałaby często wystarczającej funkcji prewencyjnej jak i restryktywnej.

Na uwagę zasługuje stanowisko TK, który w licznych orzeczeniach wskazywał, że co do zasady ustawodawcy przysługuje swoboda określania sankcji związanych z niedopełnieniem obowiązku wynikającego z art. 83 Konstytucji nakładającego na każdego obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej⁶⁸. W wyroku z dnia 25 marca 2010 r.⁶⁹ Trybunał orzekł: „Należy zatem rozważyć, czy kształtując zasady odpowiedzialności za niewykonanie

⁶⁵ J. Skupiński, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych na tle polskiej ustawy z dnia 28 października 2002 roku (próba zarysu problematyki)*, [w:] *Gdańskie Studia Prawnicze. Aktualne problemy prawa i procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Janowi Grajewskiemu*, red. M. Płachta, Gdańsk 2003, s. 368.

⁶⁶ Por. uwagi W. Radeckiego do zmian reżimów odpowiedzialności w prawie morskim, [w:] *Kary pieniężne w polskim systemie prawnym. Czy nowy rodzaj odpowiedzialności karnej?...*, s. 10-14.

⁶⁷ M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania...*, s. 102.

⁶⁸ Por. wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98 OTK ZU nr 1/1999, poz. 2; wyrok z dnia 18 kwietnia 2000 r., sygn. K 23/99 ; sygn. K. 23/99, OTK ZU nr 3/2000, poz. 89, s. 445; wyrok TK z dnia 23 kwietnia 2002 r., sygn. K 2/01 OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 27; wyrok TK z dnia 4 lipca 2002 r., sygn. OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 50; wyrok TK z dnia 14 czerwca 2004 r., sygn. SK 21/03 OTK ZU 6/A/2004, poz. 56; wyrok TK z 30 listopada 2004 r., sygn. SK 31/04, OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 110; wyrok TK z dnia 15 stycznia 2007 r., sygn. P 19/06 OTK ZU 1/A/2007 r., poz. 2; wyrok TK z dnia 4 września 2007 r., sygn. P/43/06 OTK ZU 8/A/2007, poz. 95.

⁶⁹ Wyrok TK z 25 marca 2010 r., sygn. P 9/08, OTK ZU 3/A/2010, poz. 26.

prawnych obowiązków, ustawodawca skrepowany jest normami konstytucyjnymi. Nie ulega wątpliwości, co niejednokrotnie podkreślał w swoim orzecznictwie Trybunał, że swoboda ustawodawcy w nakładaniu tego typu kar nie jest nieograniczona i wymaga poszanowania podstawowych zasad zawartych w Konstytucji (wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 2 i powołane tam orzecznictwo). Do zasad tych należą wywodzona z zasady demokratycznego państwa prawnego zasada zaufania do prawa i sprawiedliwości (art. 2 Konstytucji) czy też zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Oznacza to, że ustawodawca nie może stosować sankcji oczywiście nieadekwatnych lub nieracjonalnych albo niewspółmiernie dolegliwych, oderwanych od stopnia naganności zachowania jednostki w stosowaniu obowiązującego prawa (zob. wyrok TK z 30 listopada 2004 r., sygn. SK 31/04, OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 110). Ustawodawca, określając sankcję za naruszenie prawa, w szczególności musi respektować zasadę równości (wyrok z 29 czerwca 2004 r., sygn. P 20/02, OTK ZU nr 6/A/2004, poz. 61), jak również zasadę proporcjonalności własnego wkroczenia⁷⁰. Podobny kierunek rozumowania przyjął TK w wyroku z 4 lipca 2002 r., gdzie podkreślił, że to, jaki sąd orzeka w konkretnych sprawach, jest kwestią wyborów o charakterze ustrojowo-organizacyjnym, a nie materialnoprawnym. Nie ma więc przeszkód, aby za naruszenie konkretnych przepisów prawa ustawodawca przewidział możliwość stosowania sankcji o podobnym charakterze w różnych postępowaniach, np. w postępowaniu cywilnym, administracyjnym czy karnym⁷¹.

Można powiedzieć, że ustawodawca konstruując odpowiedzialność za naruszenie prawa, powinien kierować się co najmniej dwoma nakazami. Po pierwsze, musi brać pod uwagę charakter naruszenia. Jeżeli naruszenie danego dobra w systemie wartości społecznych zasługuje na szczególne potępienie, to konsekwencją tego powinno być ustanowienie sankcji karnej. Natomiast moralnie ambiwalentny typ zachowania się może być karany przy zastosowaniu administracyjnych kar pieniężnych. Po drugie, jeżeli jednak w ocenie prawodawcy uzasadnione jest ustanowienie sankcji, to decydując o powierzeniu organowi publicznemu karanie za dany typ działania, powinien mieć na uwadze, by przewidziana prawem dolegliwość, w sensie materialnym, nie miała charakteru sankcji karnej. Podstawowym zarzutem wobec takiej konstrukcji byłoby naruszenie art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, poprzez przekazanie funkcji orzeczniczych w sprawie dotyczącej sankcji karnej organowi pozasądowemu i tym samym naruszenie fundamentalnej zasady prawa do sądu, ponieważ zgodnie z polskim prawem sądy administracyjne badałyby jedynie formalną zgodność wydanej decyzji z prawem, a nie jej merytoryczną zasadność⁷². Orzecznictwo organów EKPC opiera się na niezależnej od państw członkowskich interpretacji poszczególnych

⁷⁰ Wyrok TK z 30 listopada 2004 r., sygn. SK 31/04, OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 110.

⁷¹ Wyrok TK z dnia 4 lipca 2002 r., sygn. P 12/01 OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 50.

⁷² M. Winceniak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania...*, s. 105.

sformułowań zawartych w tekście konwencji. W przypadku znajdującego się w art. 6 konwencji pojęcia „sprawa karna” narodowe zaszeregowanie wywiera skutek działający jednokierunkowo. Wtedy gdy prawo danego państwa przyporządkowuje określone zachowanie do prawa karnego, to w następstwie tego państwo jest zobligowane do przestrzegania regulacji przewidzianych dla tego prawa w tekście konwencji, a organy danego państwa nie są władne do badania zasadności tej klasyfikacji. Jeżeli natomiast prawo danego państwa zaszeregowuje dane zachowania nie do prawa karnego, to nie jest to wiążące dla organów konwencji, w tym znaczeniu, że organy te mogą dokonać weryfikacji rzeczywistego charakteru tych uregulowań⁷³. Jak stwierdził ETPC:

Konwencja nie zakazuje państwom – przy wykonywaniu funkcji strażnika interesu publicznego – tworzenia i utrzymywania zróżnicowania kategorii czynów zagrożonych karą w prawie krajowym i definiowania granic między nimi. Nie oznacza to jednak, że klasyfikacja taka ma rozstrzygające znaczenie ze względu na cele Konwencji. Gdyby państwa mogły swobodnie, przez zakwalifikowanie czynu zagrożonego karą jako przekroczenie porządkowe, a nie przestępstwo, wyłączyć działanie fundamentalnych klauzul art. 6 i 7, stosowanie tych postanowień byłoby uzależnione od ich suwerennej woli. Swoboda rozciągająca się tak daleko mogłaby prowadzić do rezultatów niezgodnych z przedmiotem i celem Konwencji⁷⁴.

Podsumowując rozważania na temat charakteru przynależności administracyjnych kar pieniężnych, uważam podobnie jak W. Radecki, że w obowiązującym stanie prawnym kary pieniężne są formą odpowiedzialności typu penalnego, którą umieściłbym w prawie administracyjnym⁷⁵ ze względu na kryterium formalne w postaci m.in. organów oraz procedury stosowanej przy ich wymierzaniu. Inaczej mówiąc, jest to odpowiedzialność administracyjna, ale dość swoista, nacechowana elementami wziętymi z prawa karnego. Należy jednakże podkreślić, że czynnik formalny nie zawsze może stanowić kryterium ostateczne, ponieważ w razie błędnego, nieprawidłowego zakwalifikowania danego zachowania przez ustawodawcę do reżimu odpowiedzialności administracyjnej zamiast karnej, powodującej chociażby naruszenie art. 6 EKPC w postaci prawa do rzetelnego procesu sądowego (w przypadku wymierzania kar pieniężnych nie obowiązuje zasada domniemania niewinności, a sądy administracyjne co do zasady nie mają możliwości ingerencji w merytoryczną zawartość decyzji orzekającej o wymierzeniu kary) czy konstytucyjnej zasady proporcjonalności, jednostce będzie przysługiwała odpowiednio skarga do ETPC w Strasburgu

⁷³ D. Szumito-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne...*, s. 78.

⁷⁴ Zob: *Öztürk v. Niemcy*, orzeczenie z 21 lutego 1984 r. (A. 730); M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo, t. I, Prawo do rzetelnego procesu sądowego*, Zakamycze 2001, s. 891; P. Hofmański, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 302 i n.

⁷⁵ W. Radecki, *Kary pieniężne w ochronie środowiska...*, s. 46.

z tytułu naruszenia jej praw do rzetelnego procesu sądowego lub możliwość zaskarżenia do TK aktu normatywnego dającego podstawę do wymierzenia kar pieniężnych z naruszeniem zasady proporcjonalności⁷⁶.

⁷⁶ Jeżeli chodzi o zasadę proporcjonalności TK odwoływał się już w przeszłości do tej konstytucyjnej zasady, przyjmując ją za podstawę swych rozstrzygnięć (orzeczenie TK z 31 stycznia 1996 r., K. 9/95, OTK ZU Nr 1/1996, s. 39). Zdaniem Trybunału z zasady tej wypływają trzy powiązane między sobą obowiązki prawodawcy:

- 1) przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest związana,
- 2) nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków (celów),
- 3) warunek zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami, względnie niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli.

Zasada ta szczególnie nacisk kładzie na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w literaturze przedmiotu oznacza to, że „spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu” (*Polskie dyskusje o państwie prawa*, pod red. S. Wronkowskiej, Warszawa 1995, s. 74). Niewątpliwie zasada proporcjonalności musi być uwzględniana przede wszystkim przy ingerencji prawodawcy w sferę praw i wolności jednostki (orzeczenie TK z 27 kwietnia 1999 r., P. 7/98, OTK 1999, nr. 4, poz. 72). W sprawie tej chodziło o określenie w rozporządzeniu Rady Ministrów wysokości opłaty drogowej, mającej charakter administracyjnej kary pieniężnej. TK stwierdził, że wysokość tej kary narusza zasadę proporcjonalności z trzech powodów:

- 1) tego rodzaju surowa sankcja nie odniosła zamierzonego skutku, a doprowadziła do „sparaliżowania” administracji publicznej, która funkcjonuje, naruszając podstawowe zasady prawne, jak np. zasadę zaufania do organów państwa, zasadę sprawiedliwości społecznej, prawo do bezstronnego rozpatrzenia i załatwienia sprawy;
- 2) nie było konieczne wprowadzenie regulacji przewidującej za brak zezwolenia na przejazd pojazdem nie-normatywnym sankcję niemal 7 razy surowszą niż najwyższa kara grzywny za wykroczenie;
- 3) efekty tej regulacji nie pozostają w odpowiedniej proporcji do obciążeń nałożonych na obywatela, zwłaszcza gdy się przyjmie za punkt odniesienia krajową średnią dochodów ludności.

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 372/10²

Każde dobro osobiste skupia w sobie dwa elementy – chronioną wartość oraz prawo żądania od innych jej poszanowania. Spokojny, niezakłócony odpoczynek na zorganizowanych wczasach nie odpowiada tym przesłankom; jest zwykłym przejawem zachowania człowieka, zaspokojeniem jego – najczęściej doraźnej – potrzeby, nie przez wszystkich zresztą odczuwanej. Nie można jednak wykluczyć, że w niektórych sytuacjach działanie (zaniechanie) organizatora turystyki, prowadzące do „zmarnowania urlopu”, będzie jednocześnie naruszeniem jakiegoś dobra osobistego, w tym w szczególności zdrowia albo nietykalności lub wolności osobistej. Jednak nie uzasadnia to generalnego stanowiska, iż prawo do spokojnego wypoczynku (urlopu) jest dobrem osobistym mieszczącym się w otwartym katalogu tych dóbr zawartym w art. 23 k.c.

1. Wstęp

Komentowane orzeczenie związane jest z problematyką zmarnowanego urlopu oraz odpowiedzialnością biura podróży, głównie organizatora turystyki za szkody niematerialne powstałe w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy o świadczenie usług turystycznych. Zmarnowany urlop to pojęcie doktrynalne, wskazujące na istotę szkody, polegającej na utracie oczekiwanych przyjemnych przeżyć i satysfakcji czy niedoznaniu relaksu ani wypoczynku na zorganizowanych wycieczkach. Taka szkoda pozbawiona jest elementu majątkowego i ma związek z naszym stanem psychicznym, a nie ubytkiem w posiadanym majątku. Najważniejszym punktem rozważań będzie jednak próba stwierdzenia, czy prawo do spokojnego wypoczynku możemy klasyfikować jako dobro osobiste określone w art. 23

¹ Autorka jest doktorantką WPiA UJ.

² LexPolonica nr 2505492.

k.c. i żądać w przypadku jego naruszenia zadośćuczynienia, a także opublikowania przeprosin w prasie. Problem ten ma duże znaczenie praktyczne, gdyż coraz częściej w procesach z biurami podróży, obok żądania naprawienia szkody majątkowej w ramach odpowiedzialności wynikającej z umów cywilnoprawnych, żądamy odszkodowania za szkodę niemajątkową.

2. Stan faktyczny

Orzeczenie Sądu Najwyższego zapadło w następującym stanie faktycznym. Piotr K. zawarł z TUI Polska Spółka z o.o. (dalej TUI) umowę o świadczenie usług turystycznych, której przedmiotem był siedmiodniowy pobyt dla pięciu osób na wyspie Lanzarote w miejscowości Playa de los Pocillos w hotelu z opcją *all inclusive* w okresie od dnia 22 do dnia 29 grudnia 2005 r. Cena imprezy turystycznej nie obejmowała dojazdu i jej uczestnicy musieli zapewnić sobie transport we własnym zakresie i na własny koszt. Rodzina Piotra K. przybyła na miejsce pobytu dnia 26 grudnia 2005 r., gdzie otrzymali apartament w hotelu RIU Paraiso Lanzarote Resort. Jednak warunki, w jakich zostali zakwaterowani, odbiegały znacząco od standardu hotelu czterogwiazdkowego. W recepcji zgłosili zawilgocenie apartamentu oraz robactwo. Następnego dnia otrzymali dwa osobne pokoje, w których na ścianach widoczne były zagrzybienienia, płytki w łazience odpadały, telewizory oraz sejfy były niesprawne, meble poobijane, a w czasie opadów deszczu przeciekała woda z tarasu. Z powodu okresu świątecznego kontakt z rezydentem był niemożliwy. Reklamacje składane przez Piotra K. w imieniu swoim, żony oraz trójki dzieci do miejscowego rezydenta niemieckiego oddziału TUI oraz później bezpośrednio w Polsce nie zostały przez usługodawcę uwzględnione. W związku z powyższym uczestnicy imprezy turystycznej złożyli pozew o odszkodowanie i zadośćuczynienie za krzywdę spowodowaną naruszeniem ich dobra osobistego w postaci prawa do czerpania udanego urlopu, zapłacenie określonej sumy pieniężnej na cel społeczny oraz trzykrotne zamieszczenie w dzienniku „Rzeczpospolita” na pierwszych stronach dodatków: „Moje Podróże” i „Prawo co dnia” tekstu przeprosin w określonym przez nich formacie.

3. Przebieg postępowania sądowego

Sąd Okręgowy nie przychylił się do żądania rodziny Piotra K. i oddalił powództwo w całości, uznając, że prawo do spokojnego urlopu i przyjemność z podróży nie stanowi dobra osobistego i nie korzysta z ochrony zapewnionej przez art. 23 i 24 k.c. Ponadto, zdaniem sądu, niski standard w hotelu oraz zła obsługa nie powoduje naruszenia godności wczasowiczów. Powodowie wnieśli apelację, zarzucając w niej naruszenie art. 11a ustawy z dnia

29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych³ oraz przepisów Kodeksu cywilnego o ochronie dóbr osobistych. Sąd Apelacyjny w Warszawie po rozpatrzeniu apelacji stwierdził, że na uwzględnienie zasługuje żądanie zwrotu 12 536,52 zł, gdyż kwota ta stanowi odszkodowanie z tytułu nienależytego wykonania umowy. Za bezzasadne zostały uznane ponownie pozostałe zarzuty, gdyż brak było podstaw do przyznania obok odszkodowania w ramach odpowiedzialności kontraktowej również zadośćuczynienia za zakłócenie czerpania przyjemności z podróży, związanego z ochroną dóbr osobistych i szkodą niemajątkową.

Od powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego wniesiono skargę kasacyjną w zakresie roszczenia o nakazanie pozwanej przeproszenia w prasie, zarzucając naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię art. 24 § 1 k.c. Sąd Najwyższy po jej rozpoznaniu stanął na stanowisku, że w przypadku pociągnięcia organizatora turystyki do odpowiedzialności za zmarnowany urlop jego podstawą może być art. 11a u.u.t. jako *lex specialis* do zasad określonych w art. 471 k.c. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 23 i 24 k.c., Sąd Najwyższy wyjaśnił, że na tle powszechnie akceptowanego ujęcia dóbr osobistych nie jest dopuszczalna konstrukcja nowego dobra osobistego w postaci prawa do niezakłóconego odpoczynku. Podkreślił jednak, że nie można wykluczyć, aby poszczególne działanie (zaniechanie) organizatora turystyki, powodujące zmarnowany urlop, było jednocześnie naruszeniem jakiegoś dobra osobistego, w tym w szczególności zdrowia, nietykalności lub wolności osobistej. W konsekwencji zaskarżony wyrok został uchylony, a Sąd Apelacyjny musi ponownie rozpoznać, czy nienależyte wykonanie zobowiązania przez TUI stanowiło naruszenie innych dóbr osobistych. Gdyby do niego doszło, to Sąd ten musi rozpatrzyć, czy żądanie powodów odnośnie przeproszenia w prasie nie narusza reguły adekwatności.

4. Komentarz

Omawiane rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r. stanowi spójne uzupełnienie przełomowych tez wyrażonych w uchwale SN z dnia 19 listopada 2011 r., III CZP 79/10⁴ i powinno jednoznacznie ukierunkować orzecznictwo sądów polskich, gdyż kwestia zmarnowanego urlopu i podstawy prawnej odpowiedzialności z tego tytułu budzi wiele kontrowersji zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze⁵. Pojęcie „zmarnowany urlop”⁶ ujmuje w sposób skondensowany istotę szkody polegającej na utracie oczekiwanych przyjemnych

³ Dz.U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 z późn. zm.; dalej jako u.u.t.

⁴ Biuletyn Sądu Najwyższego 2011, nr 11, poz. 9.

⁵ Zob. A. Koronkiewicz-Wiórek, *Zmarnowany urlop w praktyce – kilka uwag na tle orzecznictwa sądów wrocławskich*, Rejent 6/2009, s. 53 i nast.

⁶ Szkada ta jest niejednolicie nazywana – spotykamy określenia: utracona przyjemność z wakacji, prawo do czerpania pełnej satysfakcji z zakupionej imprezy turystycznej, zepsute lub zmarnowane wakacje.

przeżyć, związanych najczęściej z podróżą, relaksem, wypoczynkiem i poczuciem komfortu. Nieuzyskanie tych przeżyć na skutek zaniedbań organizatora jest często jedynym uszczerbkiem poniesionym przez konsumenta. W glosowanym orzeczeniu kategorycznie stwierdzono, iż nie można sztucznie rozszerzać katalogu dóbr osobistych i konstruować prawa do niezakłóconego wypoczynku. Powództwo o naruszenie dóbr osobistych jest możliwe jednak w sytuacji, gdy poprzez niewłaściwe i niezgodne z zawartą umową cywilnoprawną zachowanie organizatora turystyki zostały naruszone dobra osobiste wymienione niewyczerpująco w art. 23 k.c. jak zdrowie, godność, cześć, wolność lub inne –zaakceptowane przez judykaturę jak nietykalność cielesna⁷, prawo do prywatności⁸ czy spokój psychiczny⁹. Jak słusznie wywiódł Sąd Najwyższy, naprawienia niemajątkowej szkody spowodowanej zmarnowanym urlopem, powstałym w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, turysta może żądać na podstawie art. 11a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych. Obowiązek takiej wykładni art. 11a u.u.t.¹⁰ wynika z art. 5 dyrektywy 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek¹¹ oraz orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 12 marca 2002 r. w sprawie C-168/00 *S. Leitner v. TUI Deutschland GmbH*¹². W uzasadnieniu tej decyzji wskazano, że w prawie polskim nie ma możliwości uzyskania zadośćuczynienia w ramach reżimu odpowiedzialności *ex contractu*. Naprawienia szkody niematerialnej powinno dochodzić się w ramach odpowiedzialności deliktowej, czyli na podstawie art. 445 i 448 k.c. Stan taki jest więc sprzeczny z prawem unijnym¹³, gdyż ogólnego rozumienia szkody (*damages*) w dyrektywie 90/314 nie można zawężać restrykcyjnie tylko do szkody materialnej i powinno ono obejmować przyznanie konsumentom wynagrodzenia szkody niemajątkowej (moralnej). Odmienne klasyfikacja w tym przypadku jest niedopuszczalna.

Organizator turystyki odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z zawartej z klientem umowy o imprezę turystyczną na zasadzie ryzyka. Nie

⁷ Uchwała SN z dnia 30 grudnia 1971 r., III CZP 87/71, OSNCP 1972, nr 6, poz. 104.

⁸ Wyrok SN z dnia 18 stycznia 1984 r., I CR 400/83, OSNC 1984, nr 11, poz. 195.

⁹ Wyrok SN z dnia 13 marca 1988 r., OSP 1989, nr 2, poz. 35. Spokój psychiczny jako dobro osobiste jest jednak bardzo często krytykowany i nieuznawany w literaturze.

¹⁰ Art. 11a u.u.t. stanowi implementację art. 5 dyrektywy 90/314 do polskiego porządku prawnego i zgodnie z zasadą pierwszeństwa prawa unijnego oraz obowiązkiem prounijnej wykładni krajowych aktów prawnych powinien być rozumiany szeroko, zgodnie z celem dyrektywy zmierzającej do pełnej ochrony konsumentów.

¹¹ Dz.U. WE L z dnia 23.06.1990 r.; dalej: dyrektywa 90/314.

¹² Wyrok ETS z dnia 12.03.2002 r. w sprawie C-168/00 *Simone Leitner*, ECR 2002, s. I-2631. Zob. M. Boszko, *Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Leitner, odszkodowanie za szkodę niematerialną oraz model odpowiedzialności odszkodowawczej w dyrektywie w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek*, TPP 1/2007, s. 29–62.

¹³ Z. Radwański, *W sprawie stosowania prounijnej wykładni prawa polskiego w umowach o usługach turystycznych* [w:] red. A. Choduń, S. Czepita, *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 299 i następne; M. Safjan, *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu* [w:] red. M. Pyziak-Szafrnicka, *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Kraków 2004, s. 255.

ma więc wątpliwości co do istnienia odpowiedzialności za szkody majątkowe wynikające *ex contractu* na podstawie art. 471 k.c., jednak problem pojawia się w przypadku doznania szkody niemajątkowej. Co w sytuacji, gdy uczestnikowi imprezy turystycznej będą świadczone usługi niższej jakości niż gwarantowane umową lub określone w materiałach reklamowych, a także zaistnieje brak możliwości skorzystania z fakultatywnych wycieczek lub brak synchronizacji poszczególnych świadczeń?¹⁴. Skutkiem takich niedogodności jest głównie lub wyłącznie dyskomfort psychiczny, stres, brak przyjemności. Czy spędzanie urlopu w takich warunkach może stanowić naruszenie dobra osobistego w postaci prawa do niezakłóconego urlopu? Sąd Najwyższy na to pytanie odpowiedział przecząco i podkreślił, że każde dobro osobiste skupia w sobie dwa elementy – chronioną wartość oraz prawo żądania od innych jej poszanowania. Natomiast prawo do spokojnego, niezakłóconego urlopu nie realizuje tych wymogów. Jest ono zwykłym przejawem zachowania człowieka, zaspokojeniem doraźnej potrzeby relaksu czy regeneracji sił psychicznych, nie przez wszystkich i w takim samym stopniu odczuwanej. Stanowisko to w pełni zasługuje na aprobatę, gdyż jako dobro osobiste możemy klasyfikować tylko wartość immanentnie związaną z istotą człowieczeństwa, niezależną od woli człowieka, stałą, a także dającą się skonkretyzować i zobiektywizować. W Kodeksie cywilnym brak jest legalnej definicji dóbr osobistych, a jego art. 23 stwierdza tylko, że są nimi w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska. Wyliczenie to nie jest wyczerpujące i ma charakter dynamiczny, a orzecznictwo w miarę zachodzących zmian społecznych poszerza katalog tych dóbr¹⁵.

Dobra osobiste możemy scharakteryzować jako prawa podmiotowe, niemajątkowe, niezbywalne, a także bezwzględne, czyli skutecznym *erga omnes*¹⁶. Zjawisko definiowania nowych dóbr osobistych i kryteriów ich naruszenia oparte jest na koncepcji obiektywnej¹⁷, zgodnie z którą decydujące znaczenie ma ocena z punktu widzenia rozsądnego człowieka, reprezentującego ogólne oceny społeczne, a nie subiektywne przekonanie poszkodowanego. Za dobro osobiste uznana zostanie taka „wartość o charakterze niemajątkowym, wiążąca się z osobowością człowieka, uznana powszechnie w społeczeństwie”¹⁸. Z. Radwański trafnie przyjmuje, że omawiany termin odnosi się:

¹⁴ Przykładowo turysta otrzyma pokój z widokiem na plac budowy, a nie morze; jego hotel znajduje się 2 km, a nie 10 m od plaży, w hotelu brak ciepłej wody, a jest za to brud, zapach stęchlizny i niedobre jedzenie, pokój miał być cichy i spokojny, a znajduje się w pobliżu dyskotek i klubów nocnych.

¹⁵ Zob. B. Gawlik, *Dobra osobiste. Zbiór orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Krakowie*, Kraków 1999.

¹⁶ S. Dmowski [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, red. S. Dmowski, S. Rudnicki, Warszawa 2011, s. 110.

¹⁷ Jest to koncepcja, która obecnie dominuje w doktrynie i orzecznictwie: Paweł Księżak [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Część ogólna*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Warszawa 2009, s. 128.

¹⁸ A. Szpunar, *Ochrona Dóbr Osobistych*, Warszawa 1979, s. 106.

do uznanych przez system prawny wartości (tj. wysoko cenionych stanów rzeczy), obejmujących fizyczną i psychiczną integralność człowieka, jego indywidualność oraz godność i pozycję w społeczeństwie, co stanowi przesłankę samorealizacji osoby ludzkiej¹⁹.

Przeciwagą dla tej koncepcji jest koncepcja subiektywna, która wykreowana została przez S. Grzybowskiego. Według jej założeń „wspólną charakterystyczną cechą wszelkich dóbr osobistych są niemajątkowe, indywidualne wartości świata uczuć, stanu życia psychicznego człowieka”²⁰. Jedynym szablonem więc nie są przeciętne odczucia społeczne, a wewnętrzne i jednostkowe przekonanie, czy czujemy wzburzenie emocjonalne, że nasze konkretne dobro osobiste zostało naruszone. Spersonalizowany szablon odwołujący się do indywidualnej wrażliwości nie jest na obecnym poziomie stosunków społecznych miarodajny i niezbędna jest obiektywizacja w zakresie przesłanek ochrony prawnej²¹, która pozwoli uchronić przed skargami tzw. piniaczy oraz nadwrażliwych i przeczulonych na swoim punkcie osób, traktujących drobne niedogodności jako największe przykrości. Uznanie koncepcji subiektywnej prowadziłoby do konstatacji, że wniesienie powództwa jest dowodem na to, że dana wartość jego dobrem osobistym i doszło do jego naruszenia.

Uwagę zwrócić należy na fakt, że Sąd Najwyższy w głosowanym orzeczeniu podkreślił, że pomimo braku prawa do niezakłóconego urlopu, nie można jednoznacznie wykluczyć, aby poszczególne działania (zaniechanie) organizatora turystyki, powodujące zmarnowany urlop, było jednocześnie naruszeniem jakiegoś dobra osobistego. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o podróż szczególnie często naruszaniem dobrem osobistym jest zdrowie przez spowodowanie uszkodzenia ciała, kalectwa, rozstroju zdrowia, pogorszenia ogólnego stanu zdrowia lub osłabienia systemu odpornościowego. Niewłaściwe zachowanie organizatora turystyki może naruszać także nietykalność cielesną, prawo do prywatności, spokój psychiczny czy prawo do korzystania z wartości środowiska naturalnego jak nieskażone środowisko biologiczne i zaspokojenie uczuć estetycznych pięknem krajobrazu²². Dwa ostatnie dobra są jednak nie przez wszystkich akceptowane, więc powoływanie na nie może być w praktyce problematyczne. Moim zdaniem takie zbyt szerokie i ogólne zakreślanie przedmiotu tworzonych przez judykaturę dóbr osobistych prowadzi do wniosku, że każdy ból psychiczny i psychiczne niepokojenie *ex definitione* jest naruszeniem dobra osobistego w postaci spokoju psychicznego. Równie wątpliwe jest przyjęcie, że naruszenie elementów środowiska naturalnego, na przykład ścięcie drzewa, stanowi naruszenie wartości immanentnie

¹⁹ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 160–161.

²⁰ S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 78.

²¹ E. Skowrońska-Bocian, *Prawo cywilne. Część ogólna. Zarys wykładu*, Warszawa 2005, s. 97; J. Panowicz-Lipska, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1975, s. 30.

²² M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku polegającego na utraconej przyjemności z podróży*, KPP 2/2005, s. 375–376.

związanej z istotą człowieczeństwa, a ponadto takie działanie nie jest bezpośrednio skierowane przeciwko konkretnej, zindywidualizowanej jednostce.

Środki ochrony przewidziane w art. 24 k.c. przysługują tylko w sytuacji, gdy naruszenie dobra osobistego zostanie zakwalifikowane jak bezprawne, czyli sprzeczne z szeroko rozumianym porządkiem prawnym, w tym także z zasadami współżycia społecznego, lecz nie ma obowiązku przypisania winy²³. Konstrukcja ochrony opiera się jednak na domniemaniu bezprawności, które przenosi ciężar dowodu jego braku na podmiot naruszający sferę określonej treści praw podmiotowych. Jednym ze sposobów usunięcia skutków bezprawnego naruszenia konkretnego dobra osobistego może być złożenie oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Wybór jego formy i treści determinowany jest zwykle okolicznościami, w jakich doszło do naruszenia dobra osobistego, jego intensywnością oraz zasięgiem, a także osiągnięciem przez pokrzywdzonego satysfakcji²⁴. Nie oznacza to jednak, że pokrzywdzonemu przysługuje kompetencja do arbitralnego uznania, jaki środek efektywnie usunie skutki naruszenia dobra osobistego²⁵. W sytuacji, gdy do naruszenia doszło na łamach prasy, to oświadczenie zawierające przeprosiny czy wyrazy ubolewania należy zamieścić także w prasie. Dla porównania, gdy dobro osobiste zostało naruszone przez uchwałę organu spółki czy na zebraniu współpracowników, to do usunięcia takich skutków następuje w ten sam sposób – w formie uchwały lub ustnie, na zebraniu. Sąd powinien mieć na względzie, że złożenie oświadczenia jest środkiem służącym celom restytucyjnym, a nie represyjnym, a ponadto nie może prowadzić do upokorzenia naruszcyciela²⁶. Przy ocenie „wtargnięcia” w sferę dóbr osobistych danego człowieka należy uwzględnić nie tylko znaczenie dokonanych czynów lub użytych słów, ale także cały kontekst sytuacyjny oraz jego społeczny wydźwięk, analizowany według kryteriów właściwych dla ludzi rozsądnych i uczciwych. Nieodzwonne jest więc zachowanie odpowiedniego umiaru i proporcji²⁷. Co do zasady nie jest adekwatne do sposobu naruszenia dóbr osobistych żądanie przeproszenia w formie zamieszczenia ogłoszenia w prasie, jeżeli do naruszenia nie doszło publicznie. Forma oświadczenia powinna także spełniać kryterium współmierności, a istotą przeprowadzanej weryfikacji powinno być ustalenie, czy dany środek jest wystarczający i proporcjonalny do osiągnięcia zamierzonego celu. W wyjątkowych sytuacjach dopuszczalne jest żądanie złożenia dwukrotnego oświadczenia. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 30 grudnia 1971 r., II CZP 87/71 przyjęto: „Naruszenie nietykalności cielesnej może udowadniać nakazanie, aby osoba, która dokonała tego

²³ P. Księżak [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Część ogólna*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Warszawa 2009, s. 128.

²⁴ S. Dmowski [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, red. S. Dmowski, S. Rudnicki, Warszawa 2011, s. 126.

²⁵ Wyrok SA w Krakowie z dnia 17 lipca 2002 r., I ACa 544/02, TPP 3/2003, s. 101.

²⁶ Zgodnie z tezą wyroku z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 431/10, LEX nr 784917: „W razie naruszenia dóbr osobistych celem ochrony udzielonej pokrzywdzonemu jest dążenie do usunięcia skutków tego naruszenia i kompensata doznanej krzywdy bez elementu represji podmiotu odpowiedzialnego za naruszenie dóbr osobistych”.

²⁷ Wyrok SN z dnia 23 maja 2002 r., IV CKN 1076/00, OSN 2003, nr 9, poz. 121.

naruszenia, przeprosiła poszkodowanego ustnie, ale także dokonała odpowiedniego ogłoszenia w prasie”²⁸. W niniejszym stanie faktycznym Piotr K. z rodziną żądają aż trzykrotnych przeprosin w dwóch dodatkach branżowych w ogólnopolskiej gazecie o wielkim nakładzie – „Rzeczypospolitej”, co moim zdaniem czyni żądanie pozwu całkowicie nieadekwatnym i niewspółmiernym. Krąg osób, które mogły zapoznać się z ewentualnym naruszeniem dobra osobistego, był ograniczony, więc zakres rozpowszechnienia oświadczenia sporządzonego przez organizatora turystyki w prasie cechowałby się skrajną dysproporcją.

5. Podsumowanie

Reasumując powyższe wywody, należy pozytywnie ocenić wyrok Sądu Najwyższego, gdyż jego teza jednoznacznie wskazuje, że trzeba ostrożnie kreować dobra osobiste, aby nie doprowadzić do ich deprecjacji. Katalog dóbr osobistych ma charakter dynamiczny i jest dostosowany do określonego poziomu rozwoju cywilizacyjnego oraz przyjętych w społeczeństwie norm moralnych i prawnych, jednak nie można sztucznie i w nieuzasadniony sposób go rozszerzać w celu zapewnienia możliwości odszkodowania za szkodę niemajątkową pomimo rosnącego znaczenia problemu. Tym bardziej, że naprawienia zmarnowanego urlopu uczestnik imprezy turystycznej może żądać teraz na podstawie art. 11a ustawy o usługach turystycznych, a także zadośćuczynienia w ramach systemu ochrony istniejących dóbr osobistych.

²⁸ OSNCP 1972, nr 6, poz. 104.

Glosa krytyczna do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r., I KZP 18/11

Podstawy stosowania tymczasowego aresztowania, określone w art. 258 § 2 k.p.k., przy spełnieniu przesłanek wskazanych w art. 249 § 1 i art. 257 § 1 k.p.k. i przy braku przesłanek negatywnych określonych w art. 259 § 1 i 2 k.p.k., stanowią samodzielne przesłanki szczególne stosowania tego środka zapobiegawczego.

1. Wprowadzenie

Powyżej przedstawiona uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego stanowi odpowiedź na zadane przez Rzecznika Praw Obywatelskich pytanie²:

Czy przesłanki określone w art. 258 § 2 k.p.k. stanowią samodzielne i wystarczające podstawy do zastosowania (przedłużenia stosowania) tymczasowego aresztowania, a tym samym tworzą domniemanie, że podejrzany może podjąć działania zakłócające prawidłowy tok postępowania, co zwalnia z powinności wykazywania konkretnych okoliczności godzących w prawidłowy tok postępowania?

Rozstrzygnięte miały nią zatem zostać rozbieżności w wykładni opisanej we wskazanym przepisie przesłanki stosowania tymczasowego aresztowania, tj. „grożącej oskarżonemu surowej kary”, przede wszystkim w kwestii tego, czy jest czy też nie jest ona samodzielną podstawą stosowania tego środka zapobiegawczego opartą na opisanym domniemaniu i, co podkreślone

^{1*} Studentka IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² Wniosek RPO z dn. 5 października 2011 r., RPO-652908-II/10/MWa.

zostało przez Rzecznika, a zdaje się najistotniejsze, czy zwalnia to oskarżyciela z powinności wykazywania konkretnych okoliczności godzących w tok postępowania karnego³.

Pobieżna lektura tego judykatu prowadzi do wniosku, iż brak tu jednoznacznego, a zarazem wyczerpującego rozstrzygnięcia powyższej kwestii – nie zostało ono bowiem wyrażone *explicite*. Sąd Najwyższy odpowiadając jednakże twierdząco na tak postawione pytanie – tj. że przesłanka zastosowania tymczasowego aresztowania wyrażona w art. 258 § 2 k.p.k. ma charakter samodzielny, a warunkiem jej zastosowanie jest *jedynie* wystąpienie w realiach danej sprawy ogólnych przesłanek stosowania środków zapobiegawczych⁴, w tym tymczasowego aresztowania⁵, oraz niewystąpienie przesłanek negatywnych⁶ – a nie negując wskazanych przez Rzecznika konsekwencji prawnych przyjęcia takiego stanowiska, przesądził, że jest ona [przesłanka] oparta na domniemaniu prawnym, iż grożąca lub wymierzona oskarżonemu surowa kara pozbawienia wolności powoduje obawę zakłócania przez niego prawidłowego biegu postępowania karnego, co zwalnia oskarżyciela z obowiązku wykazywania konkretnych okoliczności godzących w jego tok. Z powyższego wynika tymczasem, iż mamy tu do czynienia z *praesumptio iuris ac de iure* – domniemaniem prawnym niewzruszalnym, każącym przyjąć, że jeśli przesłanka jest prawdziwa (w tym przypadku: oskarżonemu grozi, tudzież wymierzona została surowa kara), prawdziwy jest także wniosek (zachodzi niebezpieczeństwo zakłócania przebiegu postępowania). Domniemania tego nie sposób obalić – brak ku temu podstawy prawnej. Słuszność tego stanowiska, podniesionego do rangi zasady prawa, budzić może poważne zastrzeżenia, o czym niżej.

Zaznaczenia wymaga również, że niejako przy okazji Sąd Najwyższy rozstrzygnął, tym razem w sposób kategoryczny, o jakim *de facto* zagrożeniu karą mowa w art. 258 § 2 k.p.k.

³ Sam RPO w przedstawionym przez siebie stanowisku załączonym do wniosku opowiedział się przeciwko traktowaniu przesłanki „grożącej oskarżonemu surowej kary” jako samodzielnej podstawy stosowania (przedłużania) tymczasowego aresztowania, a tym samym, że nie tworzy ona żadnego domniemania i nie zwalnia z powinności wykazania potrzeby zabezpieczenia prawidłowego przebiegu postępowania, który *in concreto* miałby być zagrożonym. Odmienny nieco pogląd wyrażony został przez prokuratora Prokuratorii Generalnej (PG IV KP 19/11), a mianowicie że „w art. 258 § 2 k.p.k. określone zostały samodzielne przesłanki stosowania tymczasowego aresztowania, oparte na domniemaniu o charakterze względnym, iż grożąca lub wymierzona oskarżonemu surowa kara powoduje obawę zakłócenia prawidłowego biegu postępowania karnego. Wymagają one każdorazowego wykazania, że w realiach konkretnej sprawy istnieje dla oskarżonego zagrożenie surową karą, a nie istnieją okoliczności wskazujące na brak potrzeby zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania”.

⁴ Konieczność zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania, wyjątkowo także zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa, w sytuacji gdy zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony przestępstwo to popełnił (Art. 249 § 1 k.p.k.).

⁵ Zasada subsydiarności, tzn. niezasadność stosowania środków nieizolacyjnych (art. 257 § 1 k.p.k.).

⁶ Pozbawienie oskarżonego wolności ani nie spowoduje poważnego niebezpieczeństwa dla jego życia lub zdrowia, ani nie pociągnie za sobą innych wyjątkowo ciężkich skutków dla niego samego lub jego najbliższej rodziny, lub też szczególnie względy sprzeciwiają się odstąpieniu od tymczasowego aresztowania, mimo możliwości zaistnienia powyżej wskazanych następstw; a na podstawie okoliczności sprawy można tymczasem przewidywać, że sąd orzeknie w stosunku do oskarżonego karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, a okres tymczasowego aresztowania nie przekroczy przewidywanego wymiaru kary pozbawienia wolności (art. 259 § 1 i 2 k.p.k.).

O ile kwestia ta nie budziła znacznych rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych, to niemniej jednak pozostawała otwartą dla składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego⁷. Kommentowaną uchwałą przesądzono, że treść art. 258 § 2 k.p.k. nie odwołuje się bynajmniej do abstrakcyjnego zagrożenia przewidzianego przez ustawodawcę za popełnienie danego typu czynu zabronionego, a chodzi tu o konkretną ocenę („prognozę”), opartą na dotychczas zebranym w sprawie materiale, czy w danej sprawie kara orzeczona w stosunku do sprawcy rzeczywiście może przyjąć taki surowy wymiar. Rozstrzygnięcie to zostanie omówione w pierwszej kolejności.

2. „Grożąca oskarżonemu surowa kara”

Art. 258 § 2 k.p.k. stanowi, że: „jeżeli oskarżonemu zarzuca się popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo gdy sąd pierwszej instancji skazał go na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata, potrzeba zastosowania tymczasowego aresztowania w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania może być uzasadniona grożącą oskarżonemu surową karą”. Sąd Najwyższy w początkowym fragmencie uzasadnienia omawianego judykatu wskazał, że zawarte tu zostały dwie przesłanki szczególne stosowania tymczasowego aresztowania:

1. abstrakcyjny wymiar kary przewidziany za zarzucony podejrzanemu czyn, tudzież orzeczona przez sąd pierwszej instancji kara pozbawienia wolności w danym wymiarze;
2. rzeczywista groźba (prognoza), z uwagi na okoliczności danej sprawy, orzeczenia w stosunku do podejrzanego surowej kary.

Kwestia ta – czy z punktu widzenia treści art. 258 § 2 k.p.k. relewantne jest przewidywanie wymierzenia kary surowej w konkretnym wypadku, czy jedynie zagrożenie karą przewidzianą przez typ czynu zarzucony podejrzanemu – dość jednoznacznie rozstrzygana przez doktrynę

⁷ W uchwale wydanej 27.01.2011 r., I KZP 23/10, Sąd Najwyższy, udzielając odpowiedzi na pytanie „Czy sąd orzekając na etapie postępowania przygotowawczego w przedmiocie tymczasowego aresztowania (przedtuzenia jego stosowania) jest uprawniony do badania i oceny trafności kwalifikacji prawnej zarzucanego czynu przyjętej przez oskarżyciela publicznego, a w szczególności, czy badając przesłanki stosowania tego środka jest nią związany?” podkreślił, że kwestia tego, czy z punktu widzenia treści art. 258 § 2 k.p.k. relewantne jest przewidywanie wymierzenia kary surowej w konkretnym wypadku czy jedynie zagrożenie karą przewidzianą przez typ czynu zarzucony podejrzanemu nie jest bezpośrednio związana z rozstrzyganym tam zagadnieniem, a zatem poruszaną nie będzie.

i orzecznictwo⁸, nie była do tej pory przedmiotem wypowiedzi powiększonego składu Sądu Najwyższego⁹. Jednakowoż, wyrażone stanowisko zasługuje na pełną aprobatę.

Ustawodawca, posługując się sformułowaniem „grożąca oskarżonemu surowa kara”, nie jako *expresis verbis* przesądził, że samo abstrakcyjne zagrożenie nie jest miarodajną podstawą stosowania środka zapobiegawczego, co znajduje zresztą wyraz w uzasadnieniu judykatu Sądu Najwyższego. Wykładnia literalna tego przepisu wskazuje na potrzebę badania, po pierwsze, czy sąd będzie miał możliwość orzeczenia surowej kary z uwagi na przewidziane w zarzuconym oskarżonemu typie czynu „widełki kary” oraz, po drugie, czy w danej sprawie, na podstawie okoliczności faktycznych, i to już na tym etapie w odpowiedni sposób uprawdopodobnionych, spodziewać się można, że wymierzona sprawcy kara będzie surowa.

Zwrócić należy w tym miejscu uwagę na fakt, iż tak dokonana prognoza pociąga za sobą przesądzenie jednego z dwóch fundamentów sięgania po środki zapobiegawcze, wyrażonych w art. 249 § 1 *in fine* k.p.k., a to dużego prawdopodobieństwa popełnienia przez oskarżonego zarzucanego mu przestępstwa. W sytuacji bowiem, gdyby prawdopodobieństwa w ogóle nie było bądź też nie byłoby one duże, prognoza nakreślona przez oskarżyciela, a następnie przez sąd byłaby inna – *ergo* przesłanka nie zostałaby spełniona. Zagadnienie to, związane z naturą domniemania płynącego z art. 258 § 2 k.p.k., będzie rozwinięte w dalszej części wypowiedzi.

Sąd Najwyższy podkreślił (*stricte* przypomniał) także, że stosowanie art. 258 § 2 k.p.k. jako podstawy tymczasowego aresztowania wiąże się z obowiązkiem trafnego zakwalifikowania zarzucanego przez oskarżyciela czynu pod dany typ przewidziany w ustawie¹⁰. Wymóg ten sprzężony jest tymczasem z obowiązkiem sądu orzekającego w przedmiocie zastosowania (przedłużenia stosowania) tego środka zapobiegawczego w postaci oceny trafności tej kwalifikacji. Ocena ta winna być dokonana wyłącznie na potrzeby tej decyzji incydentalnej, w kontekście ustawowych przesłanek tymczasowego aresztowania¹¹. Gdyby tymczasem przyjęta kwalifikacja prawna okazała się niewłaściwą, tudzież prognoza orzeczenia w realiach danej sprawy surowej kary nietrafna, odpadać będzie podstawa stosowania tego środka zapobiegawczego.

⁸ Jak powołuje sam SN w uzasadnieniu: np. R. A. Stefański [w:] Z. Gostyński (red.) R.A. Stefański, St. Zabłocki (red. II wydania), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2004, s. 103 i n., także SN w zdecydowanej większości orzeczeń, patrz: postanowienie z dn. 3.04.2007 r., WZ 11/07, OSNKW 2007, z. 6, poz. 52.

⁹ Co sygnalizowane w przypisie 6.

¹⁰ O tym także w postanowieniu SN z dn. 3.04.2007 r., WZ 11/07, OSNKW 2007, z. 6, poz. 52.

¹¹ Uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2011 r., I KZP 23/10, OSNKW 2011, z. 1, poz. 1.

3. Domniemanie zakłócania toku postępowania karnego

Rozstrzygnięciem Sądu Najwyższego, które postrzegać należy jako kontrowersyjne i mogące budzić niepokój co do praktycznych konsekwencji za sobą pociągających, jest opowiedzenie się za samodzielnością przesłanki z art. 258 § 2 k.p.k. w taki sposób, iż za każdym razem, gdy zostanie ona spełniona (tj. spełnione zostaną dwa powyższej przedstawione warunki), w miejsce konkretnych okoliczności przemawiających za potrzebą stosowania tymczasowego aresztowania – konieczności zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania bądź wyjątkowo zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa – wchodzić ma domniemanie, że taka potrzeba rzeczywiście zachodzi. Potrzeba ta wynikać ma z domniemywanego zachowania oskarżonego, którym to dążyć on ma do uniknięcia surowej odpowiedzialności karnej¹². Zwrócić tu należy uwagę właśnie na ten aspekt, że sama potrzeba stosowania środków zapobiegawczych (przesłanka ogólna) nie bierze się znikąd, a ma swe źródło (winna mieć) właśnie w zachowaniu oskarżonego, które albo pozwala mniemać, że będzie on zakłócał tok postępowania, albo, wyjątkowo, popełni nowe przestępstwo. Skoro zostaje podana nam „na tacy” obawa zakłócenia prawidłowego przebiegu toczącego się przeciwko niemu postępowania, to zostaje podana także potrzeba zastosowania środka zapobiegawczego. Co więcej, jako że domniemywamy tu przesłankę stosowania tymczasowego aresztowania, to co do zasady w sposób aprioryczny odrzucamy zasadność sięgania po środki nieizolacyjne.

W tym momencie należy uzupełnić powyższy wywód dotyczący domniemanie przesłanki ogólnej stosowania środków zapobiegawczych. Gdyby miało być tak, że dla stosowania art. 258 § 2 k.p.k. jako samodzielnej przesłanki orzeczenia tymczasowego aresztowania winny być spełnione przesłanki ogólne z art. 249 § k.p.k. i art. 257 § 1 k.p.k. (brak przesłanek negatywnych nie ma *de facto* z tym związku), to przepis ten o tyle okazałby się zbędny, że domniemanie, które ustanawia, byłoby zbyteczne. Zagrożenie dla prawidłowego toku postępowania istniałoby wówczas realnie (stąd realna potrzeba sięgnięcia po środek tymczasowy), nadto dałoby się je rzeczywiście wykazać, kwalifikując chociażby jako „inny bezprawny sposób utrudniania postępowania karnego” (znaczy – § 1 art. 258 byłby stosowany). Przesłanka „grożącej oskarżonemu surowej kary” stanowiłaby „dodatkowy argument” za orzeczeniem tymczasowego aresztowania¹³. Podkreślenia wymaga, że celem regulacji środków zapobiegawczych w ustawie jest przyznanie organom ścigania narzędzi do przeciwdziałania zakłócaniu prawidłowego

¹² *A contrario* w § 1 art. 258 k.p.k. obawa ta ma mieć konkretną, podlegającą wykazaniu postać m.in. jako niebezpieczeństwo ucieczki, ukrywania się oskarżonego, naktaniania do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień, tudzież inne.

¹³ Co podkreślił jednakże sam Sąd Najwyższy – *vide* uzasadnienie omawianego judykatu – formalna zależność pomiędzy tymi dwoma szczególnymi podstawami stosowania tymczasowego aresztowania nie zachodzi.

toku postępowania, po których to sięgnięcie możliwe winno być jedynie w sytuacji, gdy obawa zakłócenia rzeczywiście istnieje.

Wskazany na początku niniejszego akapitu niepokój związany z konsekwencjami mogącymi wynikać z takiego rozumienia omawianej podstawy stosowania tymczasowego aresztowania wiąże się właśnie z obawą wkradnięcia się do tej procedury pewnego automatyzmu. Jeśli bowiem prokurator zarzuci oskarżonemu popełnienie czynu, za który ustawodawca przewidział wysoki wymiar kary, i na podstawie zebranego w sprawie materiału stwierdzić będzie można, że rzeczywiście z dużym prawdopodobieństwem wymierzona oskarżonemu w przyszłości kara pozbawienia wolności będzie surowa, to domniemywać należy, że taki podejrzany będzie podejmował próby wpłynięcia w sposób negatywny na tok postępowania, mimo niezaistnienia konkretnych okoliczności budzących ku temu obawę. Ten z kolei wniosek pociągnie za sobą wypełnienie przesłanek z art. 249 § 1 k.p.k. i 257 § 1 k.p.k., które bez owego domniemania pozostawałyby puste. Konsekwentnie, o ile szczególne względy zdrowotne czy też rodzinne nie będą temu stały na przeszkodzie, sąd, do którego wpłynie wniosek o zastosowanie w takiej sytuacji tymczasowego aresztowania, będzie miał podane podstawy pod jego uwzględnienie. Możliwość obalenia tak wykreowanego domniemania nie została tymczasem przewidziana, co więcej, ciężko byłoby wyobrazić sobie podważenie tak nienamacalnych okoliczności.

Nie ulega wątpliwości, że tak wskazany przez Sąd Najwyższy sposób interpretacji art. 258 § 2 k.p.k. jest nie do pogodzenia z fundamentalnymi zasadami postępowania karnego. Stoi on bowiem w sprzeczności nie tylko z funkcją i celem stosowania środków zapobiegawczych, tj. potrzebą zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania (zagrożonego w sposób rzeczywisty, a nie tylko domniemywany), a nie antycypacją kary¹⁴, ale – poprzez niemożność obalenia domniemania płynącego z art. 258 § 2 k.p.k. – uderza w zasadę prawa oskarżonego (podejrzanego) do obrony. Co więcej, godzi to także w zasadę domniemania niewinności, a to z uwagi na obawę apriorycznego osądzenia zebranego w sprawie materiału¹⁵. Ranga wskazanych powyżej zasad wykracza tymczasem daleko poza ramy kodeksowe¹⁶.

¹⁴ K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wyd. 3, Warszawa 2009, SIP Legalis.

¹⁵ Zaznaczenia wymaga, że okoliczność brania udziału w wydaniu postanowienia o zastosowaniu lub przedłużeniu tymczasowego aresztowania nie stanowi co do zasady podstawy wyłączenia sędziego na mocy art. 41 § 1 k.p.k. (por. postanowienie SN z 10.05.2006, III KK 338/05, LEX nr 186954).

¹⁶ Por. m.in. art. 42 Konstytucji RP (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483), art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

4. Weryfikacja podstaw stosowania tymczasowego aresztowania

W końcowym fragmencie uzasadnienia komentowanej uchwały Sąd Najwyższy stwierdził, iż: „żaden przepis obowiązującego Kodeksu postępowania karnego nie dopuszcza stosowania tymczasowego aresztowania przez dłuższy okres, nieuzasadniony okolicznościami sprawy i celami izolacyjnego środka zapobiegawczego (art. 263 § 1-4 k.p.k.). Konieczność weryfikacji istnienia podstaw dalszego stosowania tymczasowego aresztowania wynika natomiast nie tylko z potrzeby podejmowania odpowiednich decyzji procesowych z upływem okresu, na jaki dotychczas orzeczono tymczasowe aresztowanie, ale także w każdym czasie i na każdym etapie prowadzonego postępowania karnego (art. 253 § 1 k.p.k. – zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2001 r., IV KO 11/01¹⁷, OSNKW 2001, z. 5-6, poz. 46)”. Problem weryfikacji podstaw stosowania tymczasowego aresztowania orzeczonego na podstawie „grożącej oskarżonemu surowej kary” przyjmuje jednakże szczególnie zawiłą postać przy wskazanym przez Sąd Najwyższy sposobie interpretacji tej przesłanki. Jako że podstawy zastosowania tego środka zapobiegawczego opierają się na domniemaniu, iż oskarżony zachowaniem swym dążyć będzie do zakłócenia prawidłowego toku postępowania, co rodzi tym samym potrzebę jego zabezpieczenia (wniosek płynący z *praesumptio iuris ac de iure*), to podstawa ta odpaść może jedynie, gdy:

1. ulegnie zmianie przyjęta uprzednio kwalifikacja prawna czynu na typ czynu zagrożony karą niższą w górnej granicy lub;
2. zmieni się prognozowana na podstawie okoliczności danej sprawy kara bądź też;
3. obie te sytuacje wystąpią naraz (przesłanka *praesumptio iuris ac de iure*).

Wówczas to mamy do czynienia z odpadnięciem, ewentualnie zmianą, podstawy stosowania środka zapobiegawczego, o której mowa w art. 253 § 1 k.p.k.¹⁸. Odmienny tymczasem wniosek – wymóg badania, czy potrzeba zabezpieczenia postępowania karnego, z uwagi na niebezpieczeństwo dla jego prawidłowego przebiegu, dalej istnieje – prowadziłyby do absurdalnych konkluzji, że dla badania rzeczywistego zagrożenia toku procesu należy uprzednio orzec, w oparciu o domniemanie prawne, w stosunku do sprawcy środek zapobiegawczy i następnie dopiero bądź go uchylić, bądź przedłużyć jego stosowanie.

¹⁷ „Uchylenie lub zmiana tymczasowego aresztowania, o których mowa w art. 253 § 1 k.p.k., następuje nie tylko wówczas, gdy po jego zastosowaniu powstały okoliczności, o których mowa w tym przepisie, ale – *a minori ad maius* – także wówczas, gdy środek ten zastosowano z naruszeniem prawa”.

¹⁸ Art. 253 § 1 k.p.k.: Środek zapobiegawczy należy niezwłocznie uchylić lub zmienić, jeżeli ustaną przyczyny wskutek których został on zastosowany, lub powstaną przyczyny uzasadniające jego uchylenie albo zmianę.

5. Projekt zmiany Kodeksu postępowania karnego

Zważywszy na powyższe, nie powinno ulegać wątpliwości, iż art. 258 § 2 k.p.k., rozumiany w sposób wskazany przez Sąd Najwyższy w omawianym judykacie, ogranicza w znacznym stopniu gwarancje procesowe oskarżonego i wprowadza swoistą lukę w ostrożnie skonstruowanym systemie środków zapobiegawczych. Przepis ten wymaga zatem bądź to przeredagowania, bądź też winno się poważnie zastanowić, czy nie zrezygnować z niego *pro futuro*.

Według najnowszego projektu nowelizacji Kodeksu postępowania karnego¹⁹ § 2 art. 258 k.p.k. ma brzmieć:

Wobec oskarżonego, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat, albo którego sąd pierwszej instancji skazał na karę pozbawienia wolności wyższą niż 3 lata, obawy utrudniania prawidłowego toku procesu, o których mowa w § 1, uzasadniające stosowanie środka zapobiegawczego, mogą wynikać także z surowości grożącej oskarżonemu kary.

Należy zadać sobie pytanie, czy tak sformułowaną przesłankę stosowania tymczasowego aresztowania należy dalej rozumieć w sposób wskazany przez Sąd Najwyższy dla brzemienia aktualnego? Moim zdaniem tak dokonana zmiana redakcji § 2 prowadzi do zmiany charakteru przesłanki tam wysłowionej – poprzez każdorazowy wymóg wykazania realnego zagrożenia dla prawidłowego toku postępowania, mającego *de facto* przyjąć konkretną, wskazaną w § 1 art. 258 k.p.k. postać²⁰, stanie się ona podstawą niesamodzielną, której zastosowanie przy orzekaniu o tymczasowym aresztowaniu sprowadzać się będzie do roli „dodatkowego argumentu” przemawiającego za tymczasowym aresztowaniem. Wydawać by się zatem mogło, że problem domniemania prawnego niewzruszalnego, zasygnalizowany w niniejszym opracowaniu, stałby się o tyle nieaktualny, o ile nie można by art. 258 § 2 k.p.k. dalej postrzegać w sposób przedstawiony przez Sąd Najwyższy w komentowanej uchwale.

De lege ferenda, nie można tracić z pola widzenia faktu, że tak skonstruowana na nowo przesłanka zdaje się być zbędną dla procedury karnej. Cele, którym aktualnie służy art. 258 § 2 k.p.k., są nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami *primo* procedury karnej, *secundo* demokratycznego państwa prawa, a sprowadzają się w przeważającej mierze do ułatwienia

¹⁹ Opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego Projekt Ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustawach z lutego 2012 r., dostępny na stronie internetowej <http://www.czyk.pl/2012/03/01/projekt-zmian-kpk-wraz-z-uzasadnieniem/>, 10.06.2012.

²⁰ Treść bez zmian: uzasadniona obawa ucieczki lub ukrywania się oskarżonego, zwłaszcza wtedy, gdy nie można ustalić jego tożsamości albo nie ma on w kraju stałego miejsca pobytu, lub uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień albo w inny bezprawny sposób utrudniał postępowanie karne.

(w sposób niepożądany²¹) pracy organów ścigania. Funkcja, którą będzie on pełnił po planowanej nowelizacji ustawy procesowej zdaje się być na tyle drugorzędna – jako uzupełnienie § 1 art. 258 k.p.k., że z uwagi na niebezpieczeństwo nadmiernego naruszania praw i wolności obywatelskich mogącym wyniknąć ze złego jej stosowania oraz fakt, iż zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania w oparciu o art. 258 § 1 będzie wystarczające, należałoby zrezygnować z przesłanki „grożącej oskarżonemu surowej kary” w ogóle.

²¹ Tymczasowe aresztowanie służyć ma zabezpieczeniu postępowania przed różnymi utrudnieniami ze strony podejrzanego: ucieczka, ukrywanie się, matactwo. Środki zapobiegawcze nie są stosowane dla wygody pracowników śledczych (tak: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wyd. 3, Warszawa 2009, SIP Legalis, por. także: post. SA w Krakowie 7.4.2006 r., II AKz 80/06, KZS 2006, Nr 4, poz. 38; post. SA w Krakowie z 8.10.2007 r., II AKz 461/07, KZS 2007, Nr 10, poz. 55, post. SA w Krakowie z 20.5.2008r., II AKz 236/08, KZS 2008, nr 7-8, poz. 53).

Przedmiot umowy leasingu w świetle regulacji Kodeksu cywilnego

1. Wstęp

Umowa leasingu należy do grupy umów wzajemnych, konsensualnych i odpłatnych, regulujących używanie rzeczy. Według definicji zawartej w art. 709¹ k.c. przez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego. Przedmiot umowy leasingu nie został określony przez ustawodawcę w przepisie definicyjnym w sposób precyzyjny i wyczerpujący. Ograniczono się jedynie do wskazania, że przedmiotem umowy może być rzecz, choć w praktyce zakres przedmiotowy tej umowy jest znacznie szerszy. Definicja ta nie uwzględnia dotychczasowej praktyki leasingowej. Określenie zakresu przedmiotowego umowy ma istotne znaczenie z punktu widzenia obrotu gospodarczego, gdyż leasing stał się w ostatnich latach niezwykle atrakcyjną i popularną instytucją prawną, znacznie korzystniejszą ekonomicznie od tradycyjnych kredytów bankowych, dla których stanowi konkurencyjne rozwiązanie. Z tego też powodu warto przeanalizować dopuszczalność zawierania umów leasingu w odniesieniu do poszczególnych przedmiotów.

^{1*} Autor jest studentem V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

2. Leasing rzeczy ruchomych

Przedmiotem umowy leasingu może być rzecz. Rzeczami w rozumieniu Kodeksu cywilnego są, zgodnie z art. 45 k.c., przedmioty materialne – rzeczy ruchome i nieruchomości. Rzecz ruchoma może zostać oznaczona co do gatunku lub co do tożsamości. Ma to bardzo istotne znaczenie z punktu widzenia nastąpienia skutku rozporządzającego umowy. Przejście własności na finansującego nie zawsze następuje już z chwilą zawarcia umowy. Powstaje więc pytanie, kiedy rzecz jest oznaczona co do tożsamości, a kiedy jedynie co do gatunku. Decydujące znaczenie w tej klasyfikacji rzeczy ma wola stron, wyrażona stopniem dokładności i wyodrębnienia konkretnej rzeczy². Wskazać należy za J. Brolem, że w umowie leasingu strony powinny dążyć do maksymalnej indywidualizacji przedmiotu leasingu³. Z punktu widzenia pewności obrotu prawnego pożądanym jest więc oznaczanie rzeczy co do tożsamości.

Zgodnie z dyspozycją artykułu 155 k.c. w przypadku, gdy przedmiotem umowy jest rzecz oznaczona co do tożsamości, samo zawarcie umowy wywiera skutek rozporządzający, natomiast gdy rzecz oznaczona jest jedynie co do gatunku, konieczne jest przeniesienie posiadania rzeczy. Przeniesienie posiadania jest również wymagane w przypadku rzeczy przyszłej, co ma doniosłe znaczenie przy umowach leasingu, ponieważ przedmiot umowy często ma dopiero zostać wyprodukowany przez zbywcę. Jest to związane z faktem, że rzecz jest specjalnie przystosowywana do potrzeb konkretnego korzystającego. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 1999 r.: „Przeniesienie posiadania jako przesłanka umownego nabycia własności rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku może nastąpić w każdy ze sposobów przewidzianych w art. 348-351 k.c.”⁴.

Tak więc przeniesienie posiadania może nastąpić poprzez:

wydanie rzeczy (art. 348 k.c.),

- przez zachowanie władztwa przez posiadacza samoistnego jako posiadacz zależny lub dzierżyciel na podstawie ustalonego przez strony stosunku prawnego – *constitutum possessorium* (art. 349 k.c.),
- przez umowę i zawiadomienie posiadacza zależnego lub dzierżyciela (art. 350 k.c.),
- przez umowę między właścicielem a posiadaczem zależnym lub dzierżycielem (art. 351 k.c.).

W niezwykle trudnej kwestii rozróżnienia oznaczenia rzeczy co do tożsamości bądź co do gatunku wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej i Administracyjnej z dnia 30 grudnia 1988 r., stwierdzając, że „rzeczy oznaczone co do tożsamości to rzeczy niezastępowalne, a zwłaszcza rzeczy wyprodukowane specjalnie dla określonego,

² Por. E. Skowrońska, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 1997, s. 109.

³ Zob. J. Broł, *Umowa leasingu*, Warszawa 2010, s. 120.

⁴ Wyrok SN z 10.11.1999 r., I CKN 201/98, LEX nr 39657.

indywidualizowanego kontrahenta, charakteryzujące się swoistymi właściwościami. Natomiast rzeczy nowe, produkowane seryjnie, masowo, różniące się tylko pewnymi cechami zewnętrznymi lub zestawem akcesoriów, są rzeczami oznaczonymi tylko co do gatunku. Podstawowym kryterium pozwalającym na rozróżnienie tych dwóch kategorii rzeczy jest zastępowalność lub niezastępowalność rzeczy, a nie ich identyfikacja. Nie nadaje rzeczy charakteru rzeczy oznaczonej co do tożsamości oznaczenie jej samej lub jej zespołów i elementów numerami lub określonymi symbolami. Dlatego też samochód produkowany seryjnie należy zaliczyć do rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku. Nie ma bowiem znaczenia to, że nadwozie czy silnik są indywiduizowane określonymi cechami czy numerami. Rzecz nie staje się rzeczą oznaczoną co do tożsamości przez sam fakt wyboru rzeczy przez kupującego, np. według określonego koloru”⁵. Podkreślenia wymaga fakt, że Sąd Najwyższy w gruncie rzeczy miał na myśli rzeczy zamienne. Uchwała ta, podjęta na gruncie stanu faktycznego dotyczącego samochodu, ma szczególne znaczenie w kontekście umów leasingu, gdyż pojazdy są jednymi z najczęstszych w praktyce przedmiotów tych umów.

3. Leasing nieruchomości

Przedmiotem umowy leasingu może być również nieruchomość. Rzeczy to zarówno rzeczy ruchome, jak i nieruchomości (*lege non distinguente*)⁶. Zgodnie z art. 46 k.c. nie ulega wątpliwości, że może to być zarówno nieruchomość gruntowa, jak też nieruchomość będąca budynkiem wzniesionym przez wieczystego użytkownika na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste – nieruchomość budynkowa, jak też nieruchomość lokalowa w budynku wielorodzinnym. Dopuszczalność leasingu nieruchomości nie budzi wątpliwości w piśmiennictwie. Praktyka pokazuje jednak, że taka forma leasingu nie była dotychczas popularna w obrocie prawnym. W 2008 r. jedynie 393 leasingobiorców zdecydowało się na taką formę finansowania nieruchomości, a w 2009 r. 361, co stanowi znikomą część wszystkich zawartych w tym czasie umów leasingu⁷. W ostatnim czasie zaobserwować można jednak wzmożone zainteresowanie klientów i firm leasingowych tą formą finansowania. Jest ona interesująca dla leasingodawców, gdyż bezpieczeństwo i pewność takiej transakcji są znacznie wyższe niż w przypadku kredytu. Tradycyjny kredyt na zakup nieruchomości wiąże się w razie kłopotów z jego spłatą przez klienta z czasochłonnym postępowaniem egzekucyjnym z nieruchomości. W przypadku leasingu, finansujący pozostaje cały czas właścicielem nieruchomości, tak więc nie ma problemów z jej odzyskaniem w razie kłopotów ze spłatą rat przez korzystającego. Zyskuje

⁵ Wyrok SN z 30.12.1988 r., III CZP 48/88, OSNCP 1989/3/36.

⁶ Zob. T. Wiśniewski, w: *Komentarz do KC, Księga trzecia, Zobowiązania*, t. 2, Warszawa 2011, s. 463.

⁷ Statystyka GUS, http://www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/PUBL_pgw_dzialaln_przeds_leasingowych_2009.pdf, 9.03.2012 r.

także sam korzystający, gdyż w przypadku tradycyjnych kredytów oczekiwania banków co do kondycji finansowej klienta są bardzo wysokie. Trzeba jednak zaznaczyć, że przedsiębiorstwa leasingowe ograniczają dostępność do finansowania leasingu nieruchomości dla firm o dobrej bądź bardzo dobrej i ustabilizowanej kondycji finansowej. Dodatkowo, firmy leasingowe są zwykle zainteresowane dużymi transakcjami, w których minimalne wartości przedmiotu umów to około 2 do 3 milionów złotych. Wnioski opiewające na mniejsze sumy są w większości odrzucane bez rozpatrywania⁸. Leasing nieruchomości z punktu widzenia obrotu nie jest więc uniwersalną alternatywą dla innych form finansowania, gdyż warunki jego udzielenia są mocno zawężone w stosunku do umów leasingu innych przedmiotów.

Powróćmy jeszcze do zagadnienia leasingu nieruchomości budynkowej, czyli nieruchomości będącej budynkiem wzniesionym przez wieczystego użytkownika na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste. Zgodnie z art. 235 § 1 k.c., budynki i inne urządzenia wzniesione na gruncie Skarbu Państwa lub gruncie należącym do jednostek samorządu terytorialnego bądź ich związków przez wieczystego użytkownika stanowią jego własność. To samo dotyczy budynków i innych urządzeń, które wieczysty użytkownik nabył zgodnie z właściwymi przepisami przy zawarciu umowy o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste. W drodze wyjątku od zasady *superficies solo cedit* budynki stanowiące własność użytkownika wieczystego są więc odrębnymi nieruchomościami. Przysługująca wieczystemu użytkownikowi własność budynków i urządzeń na użytkowanym gruncie jest jednak prawem związanym z użytkowaniem wieczystym (art. 235 § 2 k.c.).

Oznacza to, że prawo własności tych budynków dzieli los prawny użytkowania wieczystego. Zbycie (...) tego prawa odnosi się także do budynków, sama zaś własność budynków nie może być przeniesiona na inną osobę bez przeniesienia użytkowania wieczystego⁹.

Taki nierozzerwalny związek ma miejsce tylko w przypadku przenoszenia praw rzeczowych. Zasada ta nie wprowadza podobnych ograniczeń w stosunku do czynności z zakresu prawa zobowiązań. Możliwe jest więc oddanie nieruchomości budynkowej do używania na podstawie umowy leasingu bez jednoczesnego oddania w leasing prawa wieczystego użytkowania gruntu, na którym posadowiony jest sam budynek. W praktyce w celu uniknięcia wątpliwości finansujący powszechnie stosują rozwiązanie, zgodnie z którym w odniesieniu do budynku zawierana jest umowa leasingu, a w odniesieniu do gruntu będącego przedmiotem użytkowania wieczystego – umowa dzierżawy¹⁰.

⁸ Analiza leasingu nieruchomości sporządzona na podstawie opracowania brokera leasingowego Jerzego Kroka, www.najlepszaoferta.pl/leasing-nieruchomosci, 9.03.2012 r.

⁹ Tak J. Ignatowicz, w: J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2006, s. 184.

¹⁰ Artykuł Polskiego Związku Leasingu, www.leasing.org.pl/o_leasingu/umowa-leasingu, 9.03.2012 r.

4. Leasing prawa użytkowania wieczystego

Przedmiotem umowy leasingu, oprócz rzeczy, może być także prawo użytkowania wieczystego nieruchomości. Zagadnienie to omawia w literaturze W. Dubis, pisząc, że w przypadku leasingu nieruchomości finansujący w wyniku umowy zawartej z osobą trzecią stać się ma co najmniej jej użytkownikiem wieczystym¹¹. Zgodnie z dyspozycją art. 233 k.c. użytkownikowi wieczystemu przysługują – podobnie jak właścicielowi – dwa podstawowe uprawnienia: uprawnienie do korzystania z nieruchomości oraz uprawnienie do rozporządzania swoim prawem¹². Z tego drugiego uprawnienia wynika, iż użytkowanie wieczyste jest prawem zbywalnym, tak więc mogącym być przedmiotem obrotu. To powoduje jego zdolność do bycia przedmiotem umowy leasingu. Pozycję użytkowania wieczystego jako prawa wzmacnia fakt, iż do jego przeniesienia na inny podmiot nie jest wymagana zgoda Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego jako właściciela. Pomimo że prawo użytkowania wieczystego może być przedmiotem umowy leasingu, to finansujący powszechnie stosują rozwiązanie, zgodnie z którym w odniesieniu do budynku zawierana jest umowa leasingu, a w odniesieniu do gruntu będącego przedmiotem użytkowania wieczystego – umowa dzierżawy.

5. Leasing zbioru rzeczy

Na gruncie praktyki leasingowej pojawiło się również zagadnienie dopuszczalności leasingu zbioru rzeczy. Z sytuacją taką mamy często do czynienia w zakładach przemysłowych, gdzie korzystający jest zainteresowany leasingiem kompletnej linii produkcyjnej składającej się nie raz z wielu maszyn i urządzeń. Samo zagadnienie linii produkcyjnej było przedmiotem licznych orzeczeń sądowych. Przykładowo Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 marca 2011 r. określił linię produkcyjną jako zbiór oznaczonych rzeczy ruchomych nazywanych w uproszczeniu zbiorczo linią produkcyjną¹³. W praktyce pojawia się pytanie, czy przedmiotem umowy może być zbiór rzeczy czy też przedmiotem będą oddzielnie wszystkie jego elementy. W kwestii tej wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z dnia 9 grudnia 1986 r., stwierdzając, że:

Zbiór rzeczy wzajemnie dobranych ma własną (samodzielną) użyteczność i wartość, które przewyższają (nieraz wielokrotnie) istniejącą pełną użyteczność i wartość wszystkich z osobna wziętych rzeczy wchodzących w skład zbioru (np. komplet mebli, serwis stołowy). Daleko nawet posunięta łączność

¹¹ Tak W. Dubis, *op. cit.*, s. 1165.

¹² Por. J. Ignatowicz, *op. cit.*, s. 182.

¹³ Wyrok SN z 11.03.2011 r., II CSK 435/10, OSNC-ZD 2011/3/67. Linia produkcyjna jako przedmiot umowy pojawia się np. w Wyroku SN z 14.06.2000 r., V CKN 1117/00, Legalis albo w Wyroku WSA w Gliwicach z 20.01.2009 r., I SA/Gl 841/08, Legalis.

organizacyjna zbioru nie narusza jednak ogólnej zasady, że przedmiotem praw rzeczowych i posiadania nie jest zbiór jako całość, lecz poszczególne rzeczy. Zbiór (zespół) poszczególnych rzeczy stanowi tylko pewną całość z ekonomicznego punktu widzenia. Z tego względu np. prawo własności lub inne prawa rzeczowe nie mogą mieć za przedmiot wspomnianego zbioru, lecz prawa te odnosić się mogą do poszczególnych przedmiotów wchodzących w skład zbioru. W konsekwencji – jeśli szczególny przepis nie stanowi inaczej – przeniesienie prawa własności lub ustanowienie innego prawa rzeczowego odnosić się może nie do zbioru, lecz do przedmiotów składających się na ten zbiór¹⁴.

Sąd Najwyższy wyraził więc jednoznaczny pogląd, że przedmiotem umowy mogą być jedynie przedmioty wchodzące w skład zbioru, a nie zbiór jako całość. Jest to zasadne ujęcie, gdyż fizycznie rozumiany zbiór rzeczy jest niemożliwy do prawnego zdefiniowania w inny sposób, jak tylko przez wyliczenie i oznaczenie jego elementów. Zbiór jako całość jest definiowalny ekonomicznie bądź technicznie, ale trudno zdefiniować go prawnie. W kwestii tej można przytoczyć odmienne zdanie J. Poczobuta stwierdzające, że:

podobnie jak w przypadku najmu, nie ma przeszkód, by przedmiotem świadczenia finansującego były zbiory rzeczy, ponieważ w stosunkach obligacyjnych nie obowiązuje zasada indywidualizacji praw podmiotowych wedle ich przedmiotów¹⁵.

M. Pazdan wskazuje natomiast, że przedmiotem umowy leasingu może być zespół rzeczy powiązanych funkcjonalnie, na przykład maszyny składające się na określoną linię technologiczną, ale każda z tych rzeczy powinna być w umowie wyszczególniona¹⁶.

6. Leasing przedsiębiorstwa i gospodarstwa rolnego

Kolejnym problemem związanym z przedmiotem leasingu jest dopuszczalność leasingu przedsiębiorstwa oraz gospodarstwa rolnego. W piśmiennictwie można znaleźć rozbieżne poglądy w tej materii. W świetle większościowego poglądu przedsiębiorstwo jest samodzielnym i odrębnym przedmiotem stosunków i czynności prawnych. Takie założenie przyjmuję również w tym artykule.

Kategoryczny pogląd, wyrażony przez J. Poczobuta, wyklucza możliwość leasingu przedsiębiorstwa oraz gospodarstwa rolnego. Autor wychodzi z założenia, że z art. 709¹ k.c. wynika, iż przedmiotem świadczenia finansującego nie mogą być ani dobra niematerialne,

¹⁴ Wyrok SN z 9.12.1986 r., III CZP 61/86, OSNCP 1987/9/129.

¹⁵ Tak J. Poczobut, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 8, Warszawa 2004, s. 253.

¹⁶ Tak M. Pazdan, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny Komentarz*, t. II, Warszawa 2009, s. 536.

ani też prawa. Wykluczony jest więc leasing przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym (art. 55¹ k.c.) i gospodarstwa rolnego (55³ k.c.), ponieważ w skład przedsiębiorstwa wchodzi m.in. patenty, zobowiązania oraz prawa, w skład zaś gospodarstwa rolnego – prawa i obowiązki związane z jego prowadzeniem¹⁷. Autor wyprowadza ten pogląd z regulacji art. 45 k.c., który stanowi, iż rzeczami są tylko przedmioty materialne.

Nieco inaczej w tej sprawie wypowiada się J. Brol. Zgadza się on, że w zakresie art. 709¹ k.c. nie mieści się leasing przedsiębiorstwa, gdyż nie jest ono rzeczą ani też zbiorem rzeczy. Autor ten natomiast nie wyklucza umowy leasingu przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, zwracając uwagę na uregulowanie prawa podatkowego niewykluczające uznania przedsiębiorstwa za przedmiot leasingu jako wartości „niematerialnej i prawnej”, zwłaszcza że istotą leasingu w obu definicjach jest oddanie przedmiotu leasingu do używania lub użytkowania i pobierania pożytków¹⁸. Przedsiębiorstwem w znaczeniu przedmiotowym jest zgodnie z art. 55¹ k.c. zorganizowany zespół składników materialnych i niematerialnych, przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej.

W tonie opowiadającym się za niezamykaniem drogi do leasingu przedsiębiorstwa wypowiada się także T. Wiśniewski. Stwierdza on, że „wprawdzie jest kwestią otwartą, czy dopuszczalne jest konstruowanie na wzór umowy leasingu umowy nienazwanej, której przedmiotem byłoby przedsiębiorstwo, to jednak nie powinno być wykluczone”¹⁹. Autor opiera taką możliwość na zasadzie swobody umów, dopuszczając możliwość analogicznego stosowania przepisów o umowie leasingu. Analogia taka jest jednak dyskusyjna.

Zagadnienie leasingu przedsiębiorstwa szczegółowo opisuje także S. Włodyka, przychylając się do stanowiska dopuszczającego taki przedmiot umowy, zaznaczając jednak, że nie będzie to umowa leasingu w rozumieniu przepisów ustrojowych tej umowy zawartych w Kodeksie cywilnym. Taka umowa może być nazwana leasingiem *sensu largo*, której zawarcie jest dopuszczalne na zasadzie swobody umów. Leasing przedsiębiorstwa będzie miał miejsce wtedy, gdy właściciel przedsiębiorstwa oddaje je osobie trzeciej do:

- korzystania (w zasadzie zarządzania) i pobierania pożytków,
- w imieniu własnym i na rachunek leasingobiorcy,
- na ściśle oznaczony czas,
- za opłatą leasingową (termin prawa podatkowego odpowiadający pojęciu wynagrodzenia pieniężnego z art. 709¹ k.c.²⁰), której suma za cały okres leasingu co do zasady ma pokrywać pełną wartość przedsiębiorstwa oddawanego w leasing,
- z ewentualną opcją sprzedaży po zakończeniu leasingu.

¹⁷ Tak J. Poczubut, *op. cit.*, s. 252.

¹⁸ Zob. J. Brol, *op. cit.*, s. 84.

¹⁹ Zob. T. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 428.

²⁰ Zob. art. 23b Ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, Dz.U. z 1991 r., Nr 80, poz. 350 z późn. zm. oraz art. 17b Ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz.U. z 1992 r., Nr 21, poz. 86 z późn. zm.

S. Włodyka stoi na stanowisku, że umowa leasingu przedsiębiorstwa stanowi pewną odmianę umowy dzierżawy przedsiębiorstwa, możliwego na zasadzie swobody umów i dyspozytywnych w zasadzie przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących umowy dzierżawy. W takim przypadku bezpośrednie zastosowanie znajdą ogólne przepisy prawa zobowiązań, a przepisy regulujące umowę leasingu jedynie *per analogiam*²¹. Z dotychczasowej praktyki, zwłaszcza za chodniej, wynika, że przedsiębiorstwa niejednokrotnie stanowiły przedmiot leasingu²². Warto więc do momentu uregulowania tej kwestii przez ustawodawcę w sposób wyraźny szukać rozwiązań prawnych umożliwiających leasing przedsiębiorstwa. Z całą pewnością istnieje na to zapotrzebowanie.

Leasing przedsiębiorstwa wyraźnie dopuszczają natomiast przepisy ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji²³, co jednak traktować należy jako *lex specialis* w stosunku do przepisów art. 709¹ i nast. k.c.²⁴. Jest to odrębna regulacja prawna, przewidująca oddanie przedsiębiorstwa państwowego do odpłatnego korzystania na rzecz spółki jako jedną z form prywatyzacji bezpośredniej przedsiębiorstwa państwowego, przewidzianych przez tę ustawę. W piśmiennictwie istnieją jednak poważne kontrowersje co do charakteru prawnego tej umowy²⁵.

W kwestii statusu prawnego gospodarstwa rolnego nie ma takiej zgody jak w przypadku przedsiębiorstwa. Zrównania jego statusu ze statusem przedsiębiorstwa można dopatrywać się w regulacji art. 55⁴ k.c., traktującego zbycie gospodarstwa rolnego na równi ze zbyciem przedsiębiorstwa. Pogląd przeciwny wyraził S. Rudnicki, wskazując na brak zrównania gospodarstwa rolnego z przedsiębiorstwem w przepisach art. 55² i 75¹ k.c. Na gruncie prawnym istnieje jednak spora analogia między tymi dwoma przedmiotami. Należy przychylić się więc do poglądu opowiadającego się za analogicznym zastosowaniem konstrukcji prawnych dotyczących przedsiębiorstwa. Problem nie ma jednak zbyt dużej doniosłości praktycznej w obszarze praktyki leasingowej.

Podsumowując, bezpośrednie zastosowanie przepisów Kodeksu cywilnego regulujących umowę leasingu zarówno w odniesieniu do przedsiębiorstwa, jak i do gospodarstwa rolnego jest na razie wykluczone. W grę wchodzi jednak obecnie stosowanie analogicznych konstrukcji prawnych opartych na zasadzie swobody umów, gdyż leasing przedsiębiorstwa *de facto* cały

²¹ Tak S. Włodyka, M. Spyra, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, t. 5, Warszawa 2011, s. 563. M. Pazdan sugeruje najpierw zbadanie umowy na okoliczność spełniania wymogów umowy dzierżawy, a dopiero w dalszej kolejności rozważenie, czy umowa ma charakter umowy leasingu – zob. M. Pazdan, *op. cit.*, s. 536–537.

²² Zob. M. Gotda, *Leasing*, Warszawa 2002, s. 65.

²³ Dz.U. z 1996 r., Nr 118, poz. 561 z późn. zm.

²⁴ Tak W. Dubis, w: E. Gniewek (red.), *Kodeks Cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1165.

²⁵ Tak T. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 463. W tej kwestii wypowiedział się również J. Krauss, „Umowa leasingu” w prywatyzacji likwidacyjnej przedsiębiorstw państwowych, PUG 1991 Nr 8–9, s. 129 i n. oraz M. Śniegucki, [w:] *Komercjalizacja i prywatyzacja przedsiębiorstw państwowych. Komentarz do ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r.*, Warszawa 1997, s. 161 i n.

czas istnieje i będzie istniał w obrocie prawnym, a trudno znaleźć przekonujące uzasadnienie dla jego ograniczania.

7. Leasing urządzeń mediów

Praktyka gospodarcza pokazuje, że przedmiotem umów leasingu są również urządzenia służące do doprowadzania lub odprowadzania płynów, pary, gazu, energii elektrycznej oraz inne podobne urządzenia. Zgodnie z art. 49 § 1 k.c. nie należą one do części składowych nieruchomości, jeżeli wchodzi w skład przedsiębiorstwa. W orzecznictwie pojawiła się wątpliwość co do rozumienia tej przesłanki. Według uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 1991 r. „wejście w skład przedsiębiorstwa jest jedynie kwestią faktu (przyłączenie do sieci)”²⁶, natomiast według wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2004 r.

o wejściu w skład przedsiębiorstwa można mówić dopiero wtedy, gdy spełnione są dwa warunki: urządzenie zostało faktycznie przyłączone do sieci przedsiębiorstwa i przedsiębiorca uzyskał tytuł prawny do korzystania z przyłączonego urządzenia²⁷.

Pogląd Trybunału Konstytucyjnego wydaje się trafniejszy, gdyż przyjęcie konieczności wykazania tytułu prawnego mogłoby rodzić poważne konsekwencje, na przykład w sytuacji nieważności umowy, na podstawie której przedsiębiorca nabył własność urządzeń. Uzasadnieniem tej koncepcji jest potrzeba zapewnienia niezakłóconej pracy urządzeń przesyłowych. Przyjęcie tego poglądu nie oznacza natomiast, że przyłączone urządzenie staje się własnością przedsiębiorcy w sytuacji wadliwości tytułu prawnego²⁸.

Warto wskazać, że wejście urządzeń w skład przedsiębiorstwa nie oznacza, że właścicielowi przedsiębiorstwa musi przysługiwać względem nich prawo własności²⁹. Zgodnie z art. 55¹ k.c. w skład przedsiębiorstwa mogą również wchodzić inne prawa rzeczowe oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z umów najmu, dzierżawy lub innych stosunków prawnych, w tym także z umów leasingu. Takimi tytułami prawnymi może się też legitymować przedsiębiorca, aby urządzenia przesyłowe mogły zostać uznane za samodzielną, odrębną od gruntu rzecz. Z punktu widzenia działalności przedsiębiorstwa znaczenie ma faktyczna możliwość wykorzystania urządzeń mediów, a nie charakter przysługującego do nich prawa.

Urządzenia spełniające wymogi tego przepisu, jak na przykład rurociągi, gazociągi czy słupy elektryczne wchodzące w skład przedsiębiorstwa, nie będą objęte wyrażoną w art. 191 k.c.

²⁶ Uchwała TK z 4.12.1991 r., W 4/91, OTK 1991, poz. 22.

²⁷ Wyrok SN z 13.05.2004 r., III SK 39/04, OSNAPiUS 2005/6/89.

²⁸ Zob. J. Broł, *op. cit.*, s. 80.

²⁹ Cytowany już wyrok SN z 13.05.2004 r., III SK 39/04, OSNAPiUS 2005/6/89.

zasadą *superficies solo cedit*³⁰. Własność nieruchomości nie będzie się więc rozciągać na te instalacje pomimo trwałego połączenia z nieruchomością. W literaturze przyjmuje się, że urządzenia te stanowią zbiór rzeczy ruchomych. Mogą zatem stanowić przedmiot leasingu, gdyż jako rzeczy ruchome będą należeć do finansującego do czasu przejścia ich własności na przedsiębiorcę³¹.

8. Leasing praw

Ostatnim zagadnieniem dotyczącym przedmiotu umowy leasingu jest dopuszczalność leasingu praw. Jest on bez wątpienia wykluczony na gruncie prawa cywilnego, ponieważ prawa nie mieszczą się w kodeksowej definicji rzeczy. Papiery wartościowe, majątkowe prawa autorskie czy udziały w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością nie mogą być więc przedmiotem leasingu. Spotykane w obrocie umowy o korzystanie z praw najczęściej dotyczą oprogramowania komputerowego. Umów takich nie można jednak traktować jako umów leasingu, gdyż nie mamy w takim wypadku do czynienia z uprzednim nabyciem prawa na potrzeby drugiej strony umowy. Wątpliwe jest nawet odpowiednie stosowanie do takich umów przepisów o leasingu, bowiem podmiot udostępniający odpowiednie prawa do korzystania nie nabywa ich wcześniej na własność, a niekiedy sam uzyskuje do nich uprawnienia jedynie o charakterze względnym. Właściwsze jest zatem w tych przypadkach stosowanie przepisów o najmie, dzierżawie, sprzedaży czy umowie licencyjnej³². Nie należy jednak mylić oprogramowania będącego prawem z jego nośnikiem, na przykład płytą kompaktową, który jest rzeczą.

W praktyce często pojawia się problem umów leasingowych dotyczących całych sieci komputerowych wraz z oprogramowaniem. W takim wypadku, według M. Pazdana, będziemy mieli do czynienia z umową mieszaną o następującej konstrukcji:

umową leasingu *sensu stricto* i umową do umowy leasingu podobną. Jeżeli ten ostatni składnik odgrywa w ocenianej umowie rolę podrzędną, zgodnie z metodą absorpcji, całą umowę należy oceniać według reżimu obowiązującego dla umowy leasingu *sensu stricto*, stosując odnośne przepisy wprost. W razie przewagi tego ostatniego składnika wchodziłoby w grę jedynie odpowiednie zastosowanie przepisów o umowie leasingu do umowy podlegającej ocenie³³.

³⁰ M. Pazdan wskazuje, że należy dopuścić leasing wydzielonego odcinka rurociągu, zob. M. Pazdan, *op. cit.*, s. 536.

³¹ Zob. J. Brol, *op. cit.*, s. 79.

³² Por. W. Dubis, *op. cit.*, s. 1165 *in fine*.

³³ Tak M. Pazdan, *op. cit.*, s. 536.

Warto wspomnieć, że leasing praw przewidują przepisy prawa finansowego³⁴. Definicja umowy leasingu w rozumieniu ustaw podatkowych jest szersza i obejmuje oprócz umów w rozumieniu kodeksowym również umowy, których przedmiotem są dobra niematerialne o charakterze intelektualnym, przedstawiające wartość majątkową, o ekonomicznej używalności dłuższej niż rok. Do takich dóbr należą na przykład znaki towarowe, majątkowe prawa autorskie czy wspomniane oprogramowanie komputerowe³⁵.

g. Podsumowanie

Podsumowując, leasing rzeczy ruchomych i wszelkich nieruchomości jest bez wątpienia dopuszczalny. Leasing zbioru rzeczy również jest możliwy, ale w umowie należy wyraźnie oznaczyć wszystkie jego elementy – rzeczy składające się na ten zbiór. Rzeczy te powinny dodatkowo być powiązane ze sobą funkcjonalnie, jak na przykład maszyny składające się na konkretną linię produkcyjną. Problematicznym zagadnieniem jest natomiast leasing przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym. W praktyce takie umowy są zawierane, choć nie spełniają wymagań określonych przez tytuł XVII¹ księgi trzeciej Kodeksu cywilnego i z tego względu nie mogą być uznane za umowy leasingu w rozumieniu kodeksowym. Można je jednak kwalifikować jako umowy nienazwane dopuszczalne na zasadzie swobody umów, do których przepisy o umowie leasingu będą stosowane jedynie *per analogiam*. Przedmiotem leasingu może być również prawo użytkowania wieczystego nieruchomości. Zagadnienie to rzadko jest jednak przedstawiane w literaturze, najpewniej ze względu na niedużą doniosłość praktyczną. Nie dopuszczalny jest leasing innych praw, ponieważ nie mieszczą się one w kodeksowej definicji rzeczy. Umowy takie występują w praktyce, ale należy do nich raczej stosować przepisy o najmie, dzierżawie, sprzedaży czy umowie licencyjnej, niż przepisy o umowie leasingu.

³⁴ Zob. art. 23a pkt 1 Ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, Dz.U. z 1991 r., Nr 80, poz. 350 z późn. zm. oraz art. 17a pkt 1 Ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz.U. z 1992 r., Nr 21, poz. 86 z późn. zm.

³⁵ Zob. J. Brol, *op. cit.*, s. 61-62.

Darowizna na wypadek śmierci w prawie polskim

1. Uwagi wstępne

Podnoszony wielokrotnie w doktrynie problem dopuszczalności darowizny *mortis causa* w polskim prawie spadkowym w ostatnich miesiącach nabrał nowego znaczenia. Nowelizacja Kodeksu cywilnego z dnia 18 marca 2011 r.², która weszła w życie 23 października 2011 r., wprowadziła do polskiego prawa prywatnego instytucję zapisu windykacyjnego. Była to oczekiwana zmiana, która uczyniła wyłom w nieintuicyjnej dla zwykłego obywatela zasadzie sukcesji uniwersalnej, obowiązującej w polskim prawie spadkowym. Zapis windykacyjny umożliwia bowiem potencjalnemu spadkodawcy precyzyjne rozdysponowanie poszczególnych składników swego majątku na rzecz określonych osób³.

W toku prac legislacyjnych rządowy projekt wprowadzający zapis windykacyjny konkurował z projektem Senatu⁴ dążącym do wprowadzenia do polskiego systemu prawa przepisów dotyczących umowy darowizny na wypadek śmierci. Ostatecznie wybrane zostało rozwiązanie dotyczące zapisu windykacyjnego jako instytucji dającej się łatwiej wkomponować w istniejące konstrukcje prawne charakterystyczne dla prawa spadkowego. Opóźniło to dalsze prace nad uregulowaniem instytucji darowizny *mortis causa*, choć ich definitywnie nie przerwało.

^{†*} Absolwent WPiA UJ, aplikant radcowski OIRP Kraków.

² Ustawa z dnia 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2011 r., Nr 85, poz. 458.

³ Szerzej na temat instytucji zapisu windykacyjnego: M. Pawetczyk, W. Ulanowski, *Instytucja zapisu windykacyjnego w znnowelizowanym prawie spadkowym*, Radca Prawny 2012, nr 121, s. 2D-7D.

⁴ Por. senacki projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2116).

Czy jednak instytucja zapisu windykacyjnego samodzielnie rozwiązuje problem niewystarczającej realizacji zasady swobody rozrządzania poszczególnymi składnikami majątku na wypadek śmierci?

Porównując treść uzasadnień: senackiego projektu ustawy dotyczącej umowy darowizny na wypadek śmierci oraz ustawy z dnia 18 marca 2011 r. wprowadzającej zapis windykacyjny, można odnieść wrażenie, iż obie instytucje realizują te same cele. Opisywane w powyższych uzasadnieniach zalety obu instytucji zdają się pokrywać, a w konsekwencji dla przeciętnego odbiorcy instytucje te wydają się być bardzo podobne. Tymczasem, jak postaram się wykazać, są to instytucje różniące się fundamentalnie, które jedynie mogą być wykorzystywane do podobnych, aczkolwiek nie tych samych celów.

2. Rys historyczny i prawnoporównawczy

Instytucja darowizny na wypadek śmierci (*donatio mortis causa*) była znana już prawu rzymskiemu:

Darowizna na wypadek śmierci jest ta, której dokonuje się ze względu na przewidywanie śmierci; gdy ktoś daje tak, że jeśli umrze, będzie miał ten, kto otrzymuje. Jeśli zaś pozostanie przy życiu, kto darował, albo jeśli pożałuje, że mu darował, albo pierwszy umarł ten, komu darowano, zabierze rzecz z powrotem. (...) W ogóle zaś darowizna na wypadek śmierci jest wtedy, gdy ktoś chce, aby raczej on miał, niż ten, któremu daje i aby raczej miał ten, któremu daje, niż własny spadkobierca. Tak też daruje u Homera Telemach Pireusowi (Odys. 17, 78-83)⁵.

W zależności od motywu, którym kierował się darczyńca przy jej dokonywaniu, można było wyróżnić dwa rodzaje darowizny.

W pierwszym z nich darowiznę wiązano z obawą śmierci z powodu tylko danej choroby lub określonego niebezpieczeństwa, a więc z konkretną obawą rychłego odejścia darczyńcy. W takich przypadkach strony zwykle postanawiały, że przedmiot darowizny przejdzie od razu na obdarowanego, ale w razie wcześniejszej śmierci obdarowanego zostanie zwrócony darczyńcy. Aby osiągnąć taki skutek, z reguły strony stosowały umowę darowizny pod warunkiem rozwiązującym, że obdarowany przeżyje darczyńcę. Darczyńcy przysługiwała kondykcja co do przedmiotu darowizny wobec obdarowanego i jego spadkobierców w wypadku, kiedy warunek się nie ziścił albo ustała obawa rychłej śmierci darczyńcy.

Drugi rodzaj darowizny *mortis causa* był umotywowany względem przemijalności życia – kiedy to strony miały na myśli śmierć darczyńcy w ogólnym znaczeniu, która z różnych powodów

⁵ I, 2, 7, 1, *Instytucje Justyniana*, tłum. C. Kunderowicz, Warszawa 1986, s. 79-80.

nastąpiłaby wcześniej niż zgon obdarowanego. Wtedy celem stron było przejście własności na obdarowanego w momencie śmierci darczyńcy. Cel ten realizowała zwykle darowizna z warunkiem zawieszającym, że obdarowany przeżyje darczyńcę.

Bez względu na rodzaj darowizna *mortis causa* była w klasycznym prawie rzymskim uznawana, jakby wbrew swej nazwie, za czynność prawną *inter vivos*. Cechami charakterystycznymi odróżniającymi ją od zwykłej darowizny były jedynie: zamieszczony w niej warunek oraz przedmiot uregulowania dotyczący losów darowanego przedmiotu na czas po śmierci darczyńcy. Tak jak zwykła darowizna nie podlegała ona zatem dowolnemu odwołaniu jako czynność prawna dwustronna.

Dopiero Justynian w jednolitej regulacji zrównał *donationes mortis causa* z legatami, analogicznie do zrównania legatów i fideikomisów:

Gdy biegłym w prawie wydawało się dwuznaczne, czy ma uchodzić za podobną do zwykłej darowizny, czy do legatu, bo miała pewne cechy obydwu, i jedni do jednego rodzaju, inni do drugiego rodzaju je podciągali, przez nas zostało ustanowione, że ma być niemal pod każdym względem zaliczona do zapisów i ma być dokonywana w formie przepisanej przez naszą konstytucję⁶.

Jednak nawet pomimo tej zmiany odwołalność nie stanowiła istoty darowizny na wypadek śmierci.

W czasach późniejszych instytucja darowizny na wypadek śmierci była słabo rozpowszechniona i znana była jedynie niektórym średniowiecznym systemom prawnym w ograniczonym zakresie (*donatio post obitum*)⁷. Dopiero poszukiwanie nowych środków ułatwiających dysponowanie kapitałem, do którego doszło na przełomie XIX i XX wieku, spowodowało, iż instytucja darowizny *mortis causa* ponownie została wprowadzana do systemów prawnych na świecie. Wtedy również pojawiła się tendencja do sporządzania czynności *inter vivos* obliczonych na wywołanie określonych skutków *post mortem*⁸.

Współcześnie instytucja darowizny na wypadek śmierci występuje w większości europejskich systemów prawnych. Niektóre ustawodawstwa, np. Niemiec, Austrii, Holandii, Węgier czy Grecji, przewidują wprost możliwość zawierania umów darowizny, których skuteczność prawna uzależniona jest od śmierci darczyńcy. Prawo cywilne Włoch i Francji dopuszcza możliwość zawierania takich umów tylko w drodze wykładni, z zastrzeżeniem warunku przeżycia darczyńcy przez obdarowanego⁹. Europejskie uregulowania dotyczące instytucji darowizny *mortis causa* różnią się natomiast pod względem dopuszczalności swobodnego jej odwołania

⁶ *Ibidem*.

⁷ M. Niedośpiąt, *Swoboda testowania*, Bielsko-Biała 2004, s. 29.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Szerzej na temat europejskich uregulowań dotyczących instytucji darowizny na wypadek śmierci J. Górecki, *Umowa darowizny na wypadek śmierci*, Rejent 2006, nr 2, s. 29-33.

przez darczyńcę. Zazwyczaj przyjmuje się brak dopuszczalności swobodnego odwoływania takich darowizn, jednak niektóre ustawodawstwa w pewnych przypadkach poddają darowiznę na wypadek śmierci regułom obowiązującym testamenty¹⁰, a w konsekwencji uznają swobodną odwołalność za istotną cechę darowizny *mortis causa*. Tymczasem przyznanie instytucji darowizny na wypadek śmierci cechy odwołalności doprowadziłoby np. w prawie francuskim do uznania takiej darowizny za niedopuszczalną¹¹, zgodnie z zasadą *donner et retenir ne vaut* („dawać i odbierać nie warto”)¹².

Umowa darowizny ze swej istoty nie powinna być swobodnie odwołalna, a przyczyny jej odwołalności: zaskarżenia, rozwiązanie lub odstąpienia winny być szczegółowo określone. Tych zasad nie powinien zmieniać fakt zawarcia darowizny pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu, gdyż uzależnienie skutków darowizny od śmierci darczyńcy nie powoduje zmiany istoty instytucji darowizny.

Konkludując, darowizną na wypadek śmierci jest zarówno darowizna ograniczona warunkiem zawieszającym (że obdarowany przeżyje darczyńcę), jak i darowizna ograniczona terminem początkowym („gdy umrze darczyńca”). Darowizna pod warunkiem rozwiązującym (że obdarowany przeżyje darczyńcę) oraz z zastrzeżeniem terminu końcowego („gdy umrze darczyńca”) nie stanowią przedmiotu analizy niniejszej pracy, gdyż są to zwykłe darowizny, które są w pełni skuteczne już za życia darczyńcy, a ich skuteczność właśnie w chwili śmierci darczyńcy ustaje. Zatem za ich pomocą potencjalny spadkodawca/darczyńca nie może dysponować majątkiem na wypadek swojej śmierci. W kwestii cechy tej instytucji, jaką jest możliwość jej odwołania, w dalszej części pracy będę posługiwał się pojęciem darowizny na wypadek śmierci rozumianej jako czynność niepodlegająca swobodnemu odwołaniu przez darczyńcę.

Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw ma na celu, jak głosi jego uzasadnienie, wprowadzenie do polskiego systemu prawnego instytucji darowizny na wypadek śmierci¹³. Można zatem odnieść wrażenie, iż w obowiązującym obecnie stanie prawnym nie można dokonywać darowizn, których skuteczność prawna uzależniona jest od śmierci darczyńcy. Czy tak jest w istocie?

3. Dopuszczalność darowizny *mortis causa* w prawie polskim

W polskim Kodeksie cywilnym nie została w sposób szczególny uregulowana instytucja umowy darowizny na wypadek śmierci. Problem dopuszczalności darowizn *mortis causa* jest

¹⁰ Np. BGB, k.c. austriacki, k.c. holenderski, por. J. Górecki, *Umowa...*, s. 31-33.

¹¹ E. Drozd, *Darowizna na wypadek śmierci*, Rejent 1992, nr 1, s. 76.

¹² M. Planiol, *Podręcznik prawa cywilnego: o darowiznach i testamentach*, tłum. A. Stoniński, Warszawa 1922, s. 12.

¹³ Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 4124).

w doktrynie kwestią dyskusyjną¹⁴. W literaturze jest wyrażany pogląd dopuszczający możliwość zawierania umów darowizny, których skuteczność jest uzależniona od śmierci darczyńcy¹⁵. Jednak część doktryny przyjmuje pogląd przeciwny i uznaje, że zawieranie takich umów jest na gruncie obowiązującego prawa niedopuszczalne¹⁶.

Darowizna *mortis causa*, ze względu na treść art. 941 k.c. przewidujący sankcję w postaci nieważności bezwzględnej, wydaje się niedopuszczalna. Z uwagi na fakt, iż rozrządzić majątkiem na wypadek śmierci można jedynie poprzez testament, przyjmuje się istnienie zamkniętego katalogu dopuszczalnych czynności prawnych *mortis causa*¹⁷. Tym samym inne niż testament czynności prawne *mortis causa* są niedopuszczalne, chyba że ustawa stanowi inaczej. Skoro ustawa nie reguluje szczególnie darowizny na wypadek śmierci, to gdy zaliczyć tę instytucję do czynności prawnych *mortis causa*, należy uznać ją za niedopuszczalną.

Czy jednak istotnie darowizna *mortis causa*, zgodnie ze swą nazwą, powinna zostać zaliczona do kręgu czynności prawnych dokonywanych na wypadek śmierci?

W polskim prawie cywilnym brak jest definicji czynności prawnej *mortis causa*. Podział na czynności *inter vivos* oraz *mortis causa* nie opiera się zatem bezpośrednio na przepisach Kodeksu cywilnego, lecz jest klasyfikacją doktrynalną. W konsekwencji pojawiają się wątpliwości co do sposobu rozumienia pojęcia rozrządzenia na wypadek śmierci¹⁸.

Według J. Gwiazdomorskiego czynności *mortis causa* to czynności, których skuteczność zależy od śmierci strony, przy czym istotą tych czynności prawnych jest fakt uzależnienia skutków czynności prawnej od śmierci osoby jej dokonującej¹⁹. Jednak przyjęcie takiego szerokiego rozumienia istoty czynności *mortis causa* rodziłoby szereg niekorzystnych konsekwencji. Po pierwsze prowadziłoby do znacznego poszerzenia katalogu czynności *mortis causa* i włączenia

¹⁴ Z. Radwański, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t.II: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2002, s. 217.

¹⁵ Za dopuszczalnością darowizny na wypadek śmierci opowiadają się m.in.: E. Drozd, *Darowizna...*, s. 80–89; M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450–1088*, t. II, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 1104; M. Niedośpiąt, *Swoboda...*, s. 29–37; A. Oleszko, *Umowy prawa powszechnego mające zastosowanie w sprawach spadkowych*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego (studia i rozprawy). Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zbigniewa Radwańskiego*, red. S. Sottysiński, Poznań 1990, s. 421 i 423; A. Kubas, *Recenzja monografii L. Steckiego „Umowa darowizny”*, NP 1974, nr 10, s. 1370.

¹⁶ Przeciwno dopuszczalności darowizny na wypadek śmierci opowiadają się m.in.: A. Kidyba, *Komentarz do art. 941 k.c.*, [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz. Tom IV. Spadki*, red. E. Niezbecka, Warszawa, 2008; J. Kremis, *Komentarz do art. 941 k.c.*, [w:] *Kodeks Cywilny. Tom II. Komentarz do art. 535–1088*, red. E. Gniewek, Warszawa 2004; L. Stecki, *Umowa darowizny*, Warszawa-Poznań 1974, s. 44. W późniejszym okresie L. Stecki wyraził jednak pogląd, że darowizna na wypadek śmierci nie jest typową czynnością *mortis causa*, gdyż zastrzeżenie warunku lub terminu nie należy do jej istoty. Por. L. Stecki, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 7: *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2004, s. 286. O objęciu darowizny *mortis causa* zakazem wynikającym z art. 1047 k.c. E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga IV: Spadki*, Warszawa 2005, s. 71. O naruszeniu przez dopuszczenie darowizny *mortis causa* art. 941 k.c. J. Ignaczewski, *Prawo spadkowe. Art. 922–1088 KC*, *Komentarz*, Warszawa 2004, s. 306; E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2003, s. 69.

¹⁷ E. Drozd, *Darowizna...*, s. 77 wraz z literaturą tam zestawioną.

¹⁸ A. Kubas, *Recenzja...*, s. 1369–1370.

¹⁹ J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe...*, s. 97.

do niego wielu innych czynności prawnych dokonywanych między żyjącymi i obliczonych na wywołanie skutków prawnych po śmierci, np. zwolnienie z długu, pełnomocnictwo, zlecenie²⁰. Po drugie, byłoby to sprzeczne z uznawaną zasadą zamkniętego katalogu czynności prawnych *mortis causa*.

Zdaniem Z. Radwańskiego, cechą charakterystyczną czynności prawnych *mortis causa* jest fakt, że wywołują one skutek prawny dopiero z chwilą śmierci osoby dokonującej tej czynności²¹. Z takiego rozumienia czynności prawnej *mortis causa* wynika, że czynność prawna na wypadek śmierci nigdy nie może przejawiać się w postaci czynności prawnej między żyjącymi. Takie rozróżnienie jawi się, moim zdaniem, jako bardziej przekonujące.

W doktrynie brak jest zatem jednoznacznych kryteriów oceny, czy dana czynność prawna zalicza się do czynności *inter vivos* czy *mortis causa*. Dlatego też podział ten próbuje się wyznaczać wedle kryteriów zaczerpniętych z porównania testamentu, ewentualnie umowy o zrzeczenie się dziedziczenia, do innych czynności prawnych²². Testament, a także umowa o zrzeczenie się dziedziczenia, jest czynnością wywołującą skutki prawne zawsze dopiero po śmierci osoby, która tej czynności dokonuje. W konsekwencji testament, jako czynność dowolnie w każdym momencie odwołalna, nie wywołuje powstania przed śmiercią spadkodawcy jakiegokolwiek więzi prawnej pomiędzy nim a potencjalnymi spadkobiercami (zapisobiercami). Tymczasem darowizna na wypadek śmierci ma charakter czynności prawnej dokonywanej między żyjącymi, a dopiero jej skuteczność jest uzależniona od śmierci dokonującego tej czynności. Zatem dokonanie darowizny na wypadek śmierci wprowadzie uzależnia jej skuteczność od śmierci darczyńcy, lecz już od momentu jej zawarcia rodzi pewien stan związania stron. Istotnym elementem takiego związania jest brak możliwości swobodnego odwołania przez darczyńcę takiej darowizny (poza wyjątkowymi przypadkami opisanymi w art. 896 i 898 k.c.).

Należy również zwrócić uwagę, że art. 941 k.c. posługuje się wymagającym doprecyzowania pojęciem „majątek”. Może być ono rozumiane w szerszym znaczeniu jako ogół praw i obowiązków majątkowych lub w węższym jako ogół praw majątkowych przysługujących danemu podmiotowi²³. W związku z tym przepis ten nie obejmuje swoim zakresem dokonywania dyspozycji poszczególnymi składnikami majątku²⁴. Uzasadnia to także wykładnia celowościowa i *ratio legis* tego przepisu, który ma uniemożliwić dokonywanie konkurencyjnych dla testamentu czynności prawnych prowadzących do sukcesji uniwersalnej majątku potencjalnego spadkodawcy. Gdyby jednak przedmiotem darowizny *mortis causa* miałby być cały majątek, który darczyńca będzie miał w chwili swej śmierci, to zgodnie z art. 941 k.c., darowizna taka byłaby niedopuszczalna. To samo dotyczy darowizny na wypadek śmierci majątku przyszłego,

²⁰ M. Niedośpiąt, *Swoboda...*, s. 30.

²¹ Z. Radwański, [w:] *System...*, s. 217.

²² Por. Z. Radwański, [w:] *System...*, s. 217.

²³ S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego, Część ogólna*, t. I, red. S. Grzybowski, Wrocław i in. 1985, s. 462 i nast.

²⁴ Por. J. Górecki, *Umowa darowizny...*, s. 38.

istniejącego w chwili śmierci darczyńcy²⁵. Dopuszczenie takich czynności umożliwiłoby obejście zakazu zawierania umów dziedziczenia. Prowadziłoby to do sytuacji, w której obdarowany nie odpowiadałby za długi spadkowe, a spadkobiercy dziedziczyliby „pusty” spadek i musieliby borykać się z ewentualnym zaspokojeniem wierzycieli spadku.

Kontynuując problem dopuszczalności darowizny *mortis causa* w świetle art. 941 k.c., należy zauważyć, iż *de lege lata* istnieją w polskim prawie inne niż testament instytucje umożliwiające dysponowanie składnikami majątku na wypadek śmierci. Zgodnie z prawem można skutecznie zadysponować na wypadek śmierci np. sumą ubezpieczenia na życie (art. 831 k.c.), środkami zgromadzonymi na rachunku bankowym²⁶ czy środkami zgromadzonymi w otwartym funduszu emerytalnym²⁷.

Konkludując, w mojej ocenie darowizny na wypadek śmierci, wbrew swej nazwie, nie należy traktować jako czynności prawnej *mortis causa*, lecz jako odmianę zwykłej darowizny opisanej w art. 888 k.c. Jest to zatem czynność prawna *inter vivos*, zawierająca jedynie zastrzeżenie warunku lub terminu. Warunek lub termin, w postaci przeżycia obdarowanego przez darczyńcę lub chwili śmierci darczyńcy, nie należą więc do istoty tej instytucji, a są tylko jej elementami podmiotowo istotnymi (*accidentalium negotii*).

Przyjmując powyższe rozumienie darowizny na wypadek śmierci, w obecnym stanie prawnym pojawia się następny problem, podważający możliwość dopuszczalności tak rozumianej umowy między darczyńcą a obdarowanym. Zgodnie z art. 1047 k.c. „z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w tytule niniejszym umowa o spadek po osobie żyjącej jest nieważna”. Darowizna na wypadek śmierci nie jest wyjątkiem przewidzianym przez ustawodawcę, więc można by przypuszczać, że jest na tle powyższego przepisu niedopuszczalna.

Stosując podobną logikę jak przy wywodach dotyczących majątku w świetle art. 941 k.c., można zaryzykować twierdzenie, iż czym innym jest umowa dotycząca spadku jako całości lub ułamkowej jego części, a czym innym jest umowa, której przedmiotem jest poszczególny składnik czy składniki danego spadku. Zatem wydaje się, że nie można uznać za niedopuszczalną darowizny, której przedmiotem jest jeden lub kilka aktywów wchodzących w skład spadku²⁸. W konsekwencji przychyliam się do głosów doktryny wykazujących, iż umowa darowizny na wypadek śmierci poszczególnych składników majątku darczyńcy nie jest objęta zakazem wynikającym z art. 1047 k.c.²⁹.

Jeżeli przedmiotem darowizny *mortis causa* byłaby nieruchomość, to zastosowanie znajdowałby art. 157 §1 k.c. uniemożliwiający przeniesienie własności nieruchomości pod

²⁵ E. Drozd, *Darowizna...*, s. 80–81.

²⁶ Por. art. 56 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.).

²⁷ Por. art. 82 Ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 159, poz. 1667 z późn. zm.).

²⁸ Por. A. Kubas, *Umowa na rzecz osoby trzeciej*, Warszawa-Kraków 1976, s. 83.

²⁹ Por. m.in.: E. Drozd, *Darowizna...*, s. 80–83; M. Niedośpiąt, *Swoboda...*, s. 29–37; J. Górecki, *Umowa darowizny...*, s. 35.

warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu. Umowa darowizny zawarta pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu nie jest jednak nieważna. Wywołuje skutek zobowiązujący, ale nie może wywołać skutku rzeczowego. Darowizna taka powoduje zatem tylko powstanie zobowiązania do przeniesienia własności nieruchomości po ziszczeniu się warunku lub po upływie terminu. Do tego celu potrzebne jest zawarcie umowy przenoszącej własność, do czego są zobowiązani spadkobiercy darczyńcy.

W przypadkach, kiedy przedmiotem darowizny na wypadek śmierci jest rzecz ruchoma, przeniesienie własności rzeczy nie napotyka dodatkowych problemów. Własność rzeczy ruchomych może być przenoszona pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu. Wtedy umowa darowizny odnosi od razu podwójny, zobowiązująco-rozporządzający skutek, a własność rzeczy przechodzi na obdarowanego z mocy prawa w momencie ziszczenia się warunku lub nadejścia terminu.

Dopuszczalność darowizn na wypadek śmierci należałoby także ocenić przez pryzmat ochrony spadkobierców ustawowych przed skutkami takich darowizn dokonanych przez zmarłego. Można sobie wyobrazić sytuację, w której umożliwienie rozdysponowania większości majątku za pomocą darowizn na wypadek śmierci spowoduje pozbawienie wierzycieli spadkowych zaspokożenia. Narazi to także na straty spadkobierców, którzy odziedziczą spadek „pusty” lub obciążony długami i będą odpowiadali wobec wierzycieli spadku, podczas gdy pozostawiony rzeczywisty majątek po spadkodawcy znajdzie się poza masą spadkową z powodu rozdysponowania go za pomocą darowizny *mortis causa*. Jest to groźne tym bardziej, że w odniesieniu do darowizn na wypadek śmierci nie ma w polskim prawie odpowiednika art. 961 k.c., który ogranicza możliwość rozdysponowania całego majątku spadkowego tylko za pomocą zapisów.

Jednak z drugiej strony darowizna na wypadek śmierci nie wpływa na sytuację spadkobierców i wierzycieli spadku w innym stopniu niż bezsprzecznie dopuszczalna darowizna zwykła. Potencjalny spadkodawca może przecież bezwarunkowo jeszcze za życia rozdysponować cały swój majątek i uniknąć poniekąd odpowiedzialności za długi spadkowe. W takiej sytuacji osoby uzyskujące przysporzenie w drodze zwykłej darowizny, także o ile nie są spadkobiercami, nie odpowiadają za długi spadkowe³⁰.

Należy również zwrócić uwagę, iż polskie prawo spadkowe, jak się wydaje, w sposób wystarczający chroni spadkobierców ustawowych przed skutkami darowizn dokonanych przez zmarłego. Szereg uregulowań, do których należą: zaliczanie darowizn na poczet sched spadkowych (art. 1039 i nast. k.c.), uwzględnianie darowizn przy obliczaniu wartości przysługującego zachowku (art. 993 i nast. k.c.) oraz odpowiedzialność obdarowanych za zachówek względem uprawnionych do niego (art. 1000 i 1001 k.c.) ogranicza możliwość rażącego pokrzywdzenia

³⁰ Wyjątkiem jest odpowiedzialność za zachówek, będący długiem spadkowym na podstawie art. 1000 i 1001 k.c.

spadkobierców poprzez rozdysponowanie przez potencjalnego spadkodawcę majątku za pomocą darowizn, w tym darowizn *mortis causa*.

Z powyższych rozważań można wyciągnąć wniosek, iż darowizna *mortis causa* jest *de lege lata* dopuszczalna, jednak w pewnej określonej postaci.

Po pierwsze musi być to darowizna, która podlega przepisom regulującym umowę zwykłej darowizny (art. 888 i nast. k.c.)³¹. Co warto podkreślić, darowizna na wypadek śmierci musi podlegać reżimowi przewidzianemu dla zwykłej darowizny, także w kwestii jej odwołalności³². Wprowadzenie do takiej umowy postanowienia o dowolnej jej odwołalności nieprzewidzianej przepisami dotyczącymi darowizny, będzie skutkowało nieważnością takiej darowizny *mortis causa*, bowiem przyznanie takiej darowiznie swobodnej odwołalności spowoduje, że stanie się ona czynnością prawną *mortis causa* i tym samym zostanie objęta zakazem z art. 941 k.c.

Po drugie nie może dotyczyć majątku darczyńcy rozumianego jako całość, a tylko poszczególne jego składniki. Nie może dotyczyć także majątku przyszłego, istniejącego w chwili śmierci darczyńcy.

Za dopuszczalnością darowizny *mortis causa* w obowiązującym stanie prawnym przemawia również zasada swobody dysponowania majątkiem na wypadek śmierci, która powinna być realizowana na gruncie prawa spadkowego.

4. Umowa darowizny *mortis causa de lege ferenda*

Pomimo faktu, że dokonywanie umów darowizny na wypadek śmierci jest możliwe i nie narusza obowiązującego w Polsce prawa, z uwagi na wątpliwości interpretacyjne relacji takich darowizn do art. 941 k.c., w praktyce umowy darowizny *mortis causa* występują niezmiernie rzadko. Niejako odzwierciedleniem tego stanu rzeczy jest zupełny brak orzecznictwa dotyczącego dopuszczalności darowizny *mortis causa*, szczególnie w świetle artykułów: 888, 941 oraz 1047 k.c. Orzecznictwo do fundamentalnego dla omawianej sprawy art. 941 k.c., dotyczy głównie kwestii samego testamentu oraz wątpliwości co do jego ważności, oryginalności czy treści. Nie porusza jednak w żaden sposób problemów związanych z darowizną na wypadek śmierci.

Dlatego w mojej opinii *de lege ferenda* zasadne wydaje się ustawowe uregulowanie instytucji darowizny na wypadek śmierci i wyraźne przesądzenie o jej dopuszczalności. Przyczyniłoby

³¹ Inaczej M. Niedośpiąt, *Darowizna na wypadek śmierci*, PiP 1987, z. 11, s. 54. Autor wprawdzie nie uznaje darowizny na wypadek śmierci za czynność *mortis causa*, ale dopuszcza stosowanie w drodze analogii niektórych przepisów o rozrządzeniach na wypadek śmierci.

³² Odmienne M. Niedośpiąt, *Darowizna...*, s. 56. Autor uznaje, że podstawą do odwołania darowizny *mortis causa* mogą być także okoliczności uzasadniające niegodność oraz pozbawienie prawa do zachowku. M. Niedośpiąt włącza do pojęcia darowizny na wypadek śmierci także swobodną jej odwołalność, do czego jak się wydaje nie ma podstaw w obowiązującym stanie prawnym.

się to do upowszechnienia stosowania darowizny *mortis causa* jako metody rozrządzania majątkiem na wypadek śmierci. Ponadto zostałyby rozwiązany problem przenoszenia własności nieruchomości za pomocą umowy darowizny na wypadek śmierci. Dzięki uregulowaniu tej instytucji można by uniknąć kłopotliwej potrzeby zawierania drugiej umowy o skutku rzeczowym ze spadkobiercami darczyńcy, będącej wykonaniem umowy darowizny *mortis causa* zawieranej z darczyńcą o skutku jedynie zobowiązującym. Umowa darowizny nieruchomości, której skuteczność będzie zależała od śmierci darczyńcy, zostałaby uproszczona, a własność nieruchomości przechodziłaby na obdarowanego z mocy prawa z chwilą śmierci darczyńcy.

Wprawdzie można twierdzić, że cele realizacji swobody rozrządzania majątkiem na wypadek śmierci zostały już urzeczywistnione poprzez wprowadzenie instytucji zapisu windykacyjnego, lecz obie te instytucje – zapis windykacyjny i darowizna *mortis causa* pełnią jednak różne funkcje. Zapewnienie potencjalnemu spadkodawcy możliwości wyboru instytucji prawnej najlepiej odpowiadającej jego oczekiwaniom, co do rozdysponowania konkretnych składników swojego majątku konkretnym osobom, urzeczywistni w pełniejszy sposób zasadę swobody rozrządzania majątkiem na wypadek śmierci. Ponadto zupełnie różna jest specyfika tych dwóch instytucji, szczególnie w kwestii swobody ich odwołalności, co niesie za sobą wiele konsekwencji. W zależności od celów, które chce osiągnąć potencjalny spadkodawca/darczyńca oraz motywów, którymi się kieruje, może on świadomie dokonać wyboru, często wspólnie z przyszłym zapisobiercą/obdarowanym, w ramach jakiej instytucji zadysponować swoim majątkiem na wypadek śmierci.

5. Darowizna na wypadek śmierci w senackim projekcie ustawy o zmianie Kodeksu cywilnego

Różnice między zapisem windykacyjnym a darowizną *mortis causa* najlepiej przedstawi krótka analiza senackiego projektu uchwalonego dnia 3 marca 2011 r. Jest to już druga próba ustawowego uregulowania i wyraźnego dopuszczenia możliwości zawierania darowizny na wypadek śmierci.

Wcześniejszy, podobny projekt³³, którego celem także było uregulowanie dopuszczalności darowizny *mortis causa*, w toku prac na nowelizacją Kodeksu cywilnego w przedmiocie prawa spadkowego, konkurował z rządowym projektem postulującym wprowadzenie do polskiego systemu prawnego instytucji zapisu windykacyjnego. Ostatecznie nie został jednak wybrany

³³ Druk sejmowy nr 2116. Projekt ten był poprawioną redakcyjnie przez Senat wersją poprzedniego projektu wywodzącego się ze środowiska notarialnego. Inicjatorem tego pierwszego projektu była Fundacja Centrum Naukowe Notariatu. Por. Ł. Mleko, *Darowizna na wypadek śmierci. Rozważania na tle projektowanych rozwiązań legislacyjnych*, [w:] Kwartalnik Prawa Prywatnego, Rok XIX: 2010, z. 4, s. 1045-1060.

i przegrał tę rywalizację, a do polskiego prawa została wprowadzona instytucja zapisu windykacyjnego.

Obecnie powstał nowy projekt³⁴ dotyczący tej kwestii, nieco zmieniony w stosunku do poprzedniego. Można zatem zaryzykować twierdzenie, iż wyższa izba polskiego parlamentu z uporem forsuje próbę ustawowego uregulowania instytucji darowizny *mortis causa*. Projekt ten został w czerwcu 2011 r. po pierwszym czytaniu skierowany do Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach. Wybory przerwały pracę komisji, lecz można sądzić, że prace nad wprowadzeniem tej instytucji nie zostały trwale porzucone. Wielu środowiskom, przede wszystkim notariuszom, zależy bowiem na przeforsowaniu wprowadzenia instytucji darowizny *mortis causa* do polskiego porządku prawnego. Można przypuszczać, że kolejne próby ustawodawcze będą mieć kształt zbliżony do omawianego tu projektu.

Projekt senacki ustawy przewidywał dodanie do istniejących przepisów tytułu XXXIII księgi trzeciej Kodeksu cywilnego przepisów wyraźnie dopuszczających zawieranie umowy darowizny na wypadek śmierci. Proponowane zmiany nie mają zatem charakteru rewolucyjnego, lecz jedynie przesądzałyby sporną w obecnym stanie prawnym kwestię dopuszczalności takich darowizn.

Po art. 888 k.c., dotyczącym istoty darowizny, proponuje się wprowadzenie nowych przepisów – art. 888¹ oraz 888² k.c. Przepisy te wprowadzałyby pojęcie darowizny *mortis causa* oraz określiłyby skutki prawne wynikające z jej zawarcia. Regulacja przyjmuje co do zasady, właściwie bardzo podobną konstrukcję darowizny na wypadek śmierci, jaka jest wywodzona na gruncie obecnie obowiązującego prawa przez tę część doktryny, która dopuszcza jej stosowanie. Po pierwsze, jest to umowa *inter vivos*, w której darczyńca dysponuje przedmiotem darowizny, rozporządzając nim na wypadek swojej śmierci. Przedmiot takiej darowizny nie wchodzi w skład spadku po darczyńcy. Po drugie, przedmiot darowizny nie przechodzi na obdarowanego z chwilą podpisania umowy, lecz jej skutek prawny jest uzależniony od śmierci darczyńcy (faktu przeżycia go przez obdarowanego). Jest to zatem umowa darowizny zawarta z zastrzeżeniem terminu początkowego dla wywarcia skutków prawnych. W konsekwencji umowa darowizny *mortis causa* jest bezskuteczna z chwilą wcześniejszej śmierci obdarowanego lub wcześniejszego ustania osoby prawnej (art. 888¹ § 2 projektu k.c.). Zarazem do wywołania skutku prawnego w postaci nabycia przedmiotu darowizny przez obdarowanego nie potrzeba żadnych dodatkowych działań. Dzieje się to z mocy prawa. Po trzecie, zgodnie z istotą instytucji darowizny nie podlega ona swobodnemu odwołaniu. Po czwarte, przedmiotem takiej darowizny nie może być majątek przyszły darczyńcy zarówno w całości, jak i w części (art. 888¹ § 3 projektu k.c.). I w końcu – przedmiotem darowizny na wypadek śmierci może być zasadniczo wszystko, co mogłoby stanowić przedmiot zwykłej darowizny³⁵. Rozwiązania te,

³⁴ Druk sejmowy nr 4124.

³⁵ Zgodnie z projektowanym art. 872 k.c. wyjątkiem od tej zasady byłoby przesądzenie, że przedmiotem umowy

jak już wspomniano, mogły być przyjmowane już na podstawie obowiązującego obecnie stanu prawnego, w drodze wykładni istniejących przepisów.

W stosunku do zapisu windykacyjnego, zakres przedmiotowy darowizny *mortis causa* jest znacznie szerszy. Obejmuje on nie tylko rzeczy oznaczone co do gatunku, lecz także inne rzeczy i prawa, do nabycia których wymagane jest podjęcie dodatkowych czynności. Wprawdzie zgodnie z przepisami ogólnymi dotyczącymi zobowiązań, przejście własności rzeczy oznaczonych co do gatunku na obdarowanego, nastąpi dopiero z chwilą przeniesienia posiadania, lecz obdarowany będzie miał prawo domagać się od spadkobierców darczyńcy podjęcia wszystkich czynności zmierzających do całkowitego wykonania darowizny³⁶. Prawo to będzie mógł realizować także na drodze sądowej. W wypadkach, kiedy przedmiotem darowizny *mortis causa* jest prawo wymagające dla skutecznego przejścia własności wpisu do księgi wieczystej, obdarowany nabywa to prawo z chwilą śmierci darczyńcy, o ile było ono wpisane do księgi wieczystej (projektowany art. 29 ust. 2 u.k.w.h.). Wprawdzie redakcja tego przepisu nie jest zbyt fortunna, lecz zamysłem projektodawcy było, aby wpis do księgi wieczystej miał być dokonany jeszcze przed śmiercią darczyńcy, natomiast skutek prawny tego wpisu następowałby dopiero z chwilą śmierci darczyńcy. Taka dziwna konstrukcja utrudnia zorientowanie się, czy wpis taki ma charakter deklaratoryjny czy konstytutywny. Projekt tego przepisu nie jest zbyt udany. Szczególnie, że niedokonanie wpisu do księgi wieczystej przed śmiercią darczyńcy nie wyłączy skutku rozporządzającego umowy, a jedynie odroczy go w czasie do momentu dokonania takiego wpisu.

Zupełnie nowym rozwiązaniem zaproponowanym w projektowanej regulacji jest próba usankcjonowania skutków rzeczowych darowizny *mortis causa* (przeniesienie własności z chwilą śmierci darczyńcy) także w sytuacji, kiedy przedmiotem takiej darowizny będzie nieruchomość. Uprościłoby to proces przejścia własności na obdarowanego, gdyż wyeliminowałoby konieczność zawierania umowy rozporządzającej ze spadkobiercami darczyńcy w celu wykonania umowy zobowiązującej. Wprawdzie byłoby to korzystne z punktu widzenia gospodarczego, kiedy przedmiotem darowizny byłoby np. przedsiębiorstwo, lecz dyskusyjne jest, czy w świetle zakazu z art. 157 § 1 k.c. nie prowadziłoby do niedopuszczalnej sprzeczności prawa natury systemowej³⁷. Przesądzenie możliwości przenoszenia własności nieruchomości za pomocą darowizny *mortis causa* bez konieczności zawierania dodatkowej umowy rozporządzającej jest kwestią stanowiącą istotę wprowadzenia opisywanego projektu. Zrezygnowanie z tej instytucji podważyłoby sens wprowadzania takiej regulacji, gdyż większość pozostałych w niej unormowań można wywieść na tle obecnego stanu prawnego. Ponadto, moim zdaniem,

darowizny *mortis causa* może być także ogół uprawnień wynikających ze stosunku spółki cywilnej. Takiego przedmiotu umowy Kodeks cywilny nie przewiduje dla zwykłej darowizny.

³⁶ Ł. Mleko, *Darowizna...*, s. 1048.

³⁷ Por. opinia Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 6 kwietnia 2011 r., w przedmiocie senackiego projektu Ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 4124.

zastosowanie miałaby tu reguła *lex specialis derogat legi generali*, a sprzeczność natury systemowej ma charakter pozorny.

Zgodnie z uregulowaniami projektu, darowizna na wypadek śmierci może zostać zawarta jedynie w formie aktu notarialnego (art. 890¹ projektu k.c.). Inaczej zatem niż przy zwykłej darowiznie, wymagana jest forma aktu notarialnego nie tylko dla oświadczenia darczyńcy, ale również dla oświadczenia obdarowanego. Rozwiązanie takie wydaje się jak najbardziej zasadne, gdyż przy zawieraniu umów wiążących obie strony, których skuteczność będzie odłożona w czasie, obie strony powinny działać ze szczególnym namysłem. Z uwagi na fakt, iż umowa taka jest wiążąca dla obu stron i zazwyczaj dotyczy rzeczy dużej wartości, pożądana jest przy jej zawieraniu obecność notariusza. W razie potrzeby, poprzez wyjaśnienie stronom skutków dokonywanych przez nich czynności, zadba on o zabezpieczenie interesów obu stron umowy. Niezachowanie formy aktu notarialnego spowoduje bezwzględną nieważność takiej czynności prawnej. Braków formalnych nie będzie można konwalidować przez wykonanie takiej umowy³⁸.

Następne ciekawe uregulowanie projektu dotyczy sytuacji, kiedy darowizny *mortis causa* dokonano na rzecz kilku osób, z których tylko niektóre przeżyły darczyńcę. Pierwowzorem art. 888¹ § 2 projektu k.c. jest art. 965 k.c. dotyczący przyrostu. W przypadku uczynienia darowizny na rzecz kilku obdarowanych, udział współobdarowanego, który nie przeżył darczyńcy, przypada pozostałym w stosunku do przysługujących im udziałów, chyba że co innego wynika z umowy. Rozwiązanie takie należałoby ocenić pozytywnie, gdyż sprawdziło się ono już w prawie spadkowym.

Z uwagi na zawarty w art. 942 k.c. zakaz sporządzania testamentów wspólnych, gdyby opisywany projekt wszedł w życie, zapewne częste byłyby przypadki, kiedy przedmiot darowizny *mortis causa* stanowiłby wspólność majątkową. Wówczas istniałaby wielość podmiotów po stronie darczyńcy i mogłoby to rodzić problemy dotyczące momentu i zakresu przejścia własności na obdarowanego. Dlatego dobrym rozwiązaniem jest wprowadzenie w projektowanym art. 888² k.c. reguły, że z chwilą śmierci pierwszego z darczyńców, obdarowany stanie się współwłaścicielem przedmiotu darowizny na zasadach współwłasności ułamkowej. W umowie darowizny na wypadek śmierci zawieranej przez darczyńców z obdarowanym będzie można jednak zastrzec, iż darowizna ta będzie skuteczna w całości już z chwilą śmierci pierwszego z darczyńców. Zastrzeżenie odwrotne, że darowizna przejdzie na obdarowanego dopiero w momencie śmierci drugiego z darczyńców, będzie jednak niedopuszczalne, ponieważ w takim wypadku udział wcześniej zmarłego darczyńcy podlegałby dziedziczeniu, co niweczyłoby celowość takiej darowizny.

Kwestia braku możliwości swobodnego odwołania darowizny na wypadek śmierci była jednym z głównych powodów odrzucenia poprzedniego projektu postulującego wyraźne

³⁸ Ł. Mleko, *Darowizna...*, s. 1052.

dopuszczenie tej instytucji³⁹. Również w negatywnej opinii Krajowej Rady Sądownictwa na temat nowego projektu nowelizacji, fakt braku umożliwienia darczyńcy swobodnej odwołalności takiej darowizny był jednym z głównych argumentów przeciw wprowadzaniu tej regulacji⁴⁰. Przyczyniałoby się to, według krytyków projektu, do ograniczenia swobody testowania. Argumenty Krajowej Rady Sądownictwa nie są jednak do końca trafne. Zasada swobody umów, w pewnych wypadkach oczywiście, pozostaje w sprzeczności z zasadą swobody testowania. Trudno abstrakcyjnie przesądzić, która zasada powinna być w sytuacjach ich konfliktu silniej respektowana. Takiego wyboru można dokonać w konkretnych przypadkach. Co więcej, wyboru sposobu dysponowania poszczególnymi składnikami swego majątku na wypadek śmierci powinien dokonać sam potencjalny spadkodawca/darczyńca. W przypadkach, kiedy przedmiotem, którym zamierza on dysponować, jest np. przedsiębiorstwo rodzinne, można przypuszczać, iż wyboru instytucji, w ramach której dojdzie do przekazania takiego składnika majątku, spadkodawca/darczyńca dokona wspólnie z rodziną czy innymi bliskimi osobami. Zapewnienie mu możliwości wyboru kilku instytucji przyczyni się paradoksalnie do lepszej realizacji swobody testowania. Nawet wtedy, gdy potencjalny spadkodawca/darczyńca sam, z rozmysłem wybierze instytucję, w której jego oświadczenie woli nie jest swobodnie odwołalne. Sam spadkodawca/darczyńca przecież także zdaje sobie zazwyczaj sprawę z faktu, że brak swobodnej odwołalności darowizny na wypadek śmierci, poprzez lepsze od zapisu windykacyjnego działanie motywacyjne na przyszłego obdarowanego, czasami wywiera ogólnie lepsze skutki dla wszystkich zainteresowanych.

Ponadto darowizna na wypadek śmierci może zostać odwołana, lecz tylko w enumeratywnie wymienionych przypadkach. Zgodnie z obowiązującą w stosunkach obligacyjnych zasadą *pacta sunt servanda*, mają one charakter wyjątkowy. Odwołanie darowizny na wypadek śmierci może nastąpić zgodnie z przepisami dotyczącymi „zwykłej” darowizny – art. 898-900 oraz 902 k.c. Darczyńca będzie mógł zatem odwołać taką darowiznę wyłącznie z powodu rażącej niewdzięczności obdarowanego⁴¹, rozumianej jako takie umyślne, poważne działania lub zaniechania obdarowanego, które są skierowane wprost przeciwko darczyńcy z zamiarem nieprzyjaznym. Art. 896 k.c. nie znajduje w przypadku darowizny *mortis causa* zastosowania, gdyż wykonanie umowy nastąpi dopiero z chwilą śmierci darczyńcy.

Projektowany art. 901¹ k.c. jest przepisem adresowanym wyłącznie do obdarowanego. Przewiduje się w nim możliwość sądowego rozwiązania umowy na żądanie obdarowanego, zgłoszone przed śmiercią darczyńcy, jeżeli ze względu na nadzwyczajną zmianę stosunków nie można wymagać od obdarowanego nabycia przedmiotu darowizny. Można sobie wyobrazić przypadki, w których obdarowany ze względów ekonomicznych czy osobistych straci

³⁹ Por. druk sejmowy nr 3018.

⁴⁰ Por. opinia Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 6 kwietnia 2011 r.

⁴¹ Co do pojęcia rażącej niewdzięczności i kwestii odwołania darowizny por. wyrok SN z dnia 26 września 2000 r., III CKN 810/00, Lex nr 51880; wyrok SA w Szczecinie z dnia 14 kwietnia 2005 r., I ACa 60/05, OSA 2006/10/35.

zainteresowanie nabyciem przedmiotu darowizny. Skoro więc w takich sytuacjach obdarowany nie będzie się mógł powołać, ze względu na brak występowania po jego stronie strat czy trudności, na klauzulę *rebus sic stantibus* wyrażoną w art. 357¹ k.c., to projektowany przepis umożliwi mu uwolnienie go przez sąd od kłopotliwej darowizny.

W przeciwieństwie do zapisu windykacyjnego, darowizna *mortis causa* wywołuje pewne skutki prawne jeszcze za życia osoby dokonującej rozrządzenia składnikiem majątku na wypadek śmierci. W okresie od zawarcia umowy darowizny do śmierci darczyńcy istnieje pewien stan związania stron podjętą czynnością prawną. W okresie *pendente conditione* strony powinny starać się zapewnić w przyszłości realizację skutków umowy poprzez zachowanie przedmiotu darowizny w dobrym stanie czy nierozporządzanie nią na rzecz osób trzecich. Naruszenie tych powinności (np. zniszczenie, sprzedaż, utrata rzeczy) spowoduje możliwość pociągnięcia darczyńcy, a właściwie jego spadkobierców, do odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Jakie uprawnienia przysługują w okresie *pendente conditione* obdarowanemu? Zgodnie z projektem, obdarowany będzie w tym czasie pozostawał w pozycji uprawnionego do nabycia przedmiotu darowizny i w związku z tym będzie mu przysługiwała, na podstawie art. 91 k.c. (w związku z art. 116 k.c.), ochrona m.in. przed celowym wyzbyciem się majątku przez darczyńcę. Ponadto w przypadku, kiedy prawo będące przedmiotem zapisu będzie podlegało wpisowi do księgi wieczystej (np. nieruchomości, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu), obdarowany będzie mógł zmierzać do zachowania swojego prawa poprzez jego ujawnienie w księdze wieczystej (projektowany art. 16 ust. 2 pkt 7 u.k.w.h.). Jak się zdaje, obdarowany może również podejmować niektóre czynności procesowe, takie jak np. wystąpienie z powództwem o ustalenie przez sąd istnienia terminowego uprawnienia z darowizny na wypadek śmierci (189 k.p.c.)⁴². Nie wydaje się natomiast, w świetle uregulowań proponowanych przez projekt i obowiązujących przepisów, by obdarowany w przypadku próby pokrzywdzenia go przez darczyńcę, mógł w okresie *pendente conditione* wystąpić jako wierzyciel z akcją pauliańską.

6. Odpowiedzialność obdarowanego za długi spadkowe w świetle projektowanej regulacji

Kontrowersyjną kwestią, która również w znacznym stopniu zaważyła na odrzuceniu poprzedniego projektu dotyczącego darowizny na wypadek śmierci, jest problem odpowiedzialności obdarowanego taką darowizną za długi spadkowe. Dotyczy to także zachowków. Do uregulowań proponowanych przez projekt bardzo krytycznie odniosła się w tym względzie

⁴² Ł. Mleko, *Darowizna...*, s. 1050.

Krajowa Rada Sądownictwa⁴³. Według przyjętej w opinii Rady argumentacji, obdarowany nie ponosiłby w ogóle odpowiedzialności za długi spadkowe. W kwestii dotyczącej zachowku, Rada opierała się chyba na poprzednim projekcie dotyczącym darowizny *mortis causa*, gdyż odnosi się w swojej opinii negatywnie do treści proponowanego art. 994 § 1 k.c., którego nie ma w obecnej wersji projektu⁴⁴. Nowy projekt jest przez to uwolniony od znacznej wady poprzedniego, jaką było umożliwienie darczyńcy wyłączenia darowizny na wypadek śmierci z obowiązku doliczenia jej do spadku przy obliczaniu zachowku. Powodowało to trudne do zaakceptowania konsekwencje w postaci znacznego ograniczenia ochrony najbliższej rodziny zmarłego darczyńcy. W skrajnych sytuacjach możliwe byłoby, iż roszczenie o zachówek na rzecz osób uprawnionych w ogóle nie powstanie. Nowy projekt nie proponuje już takiej regulacji.

W związku z faktem, iż darowizna *mortis causa*, jako instrument prawny służący dysponowaniu składnikami majątku na wypadek śmierci, funkcjonalnie zbliża się do czynności prawnych *mortis causa*, uzasadnione wydaje się twierdzenie, że zakres ochrony wierzycieli spadku powinien być podobny jak przy tych czynnościach. Jednak analizując ogół okoliczności, można zaryzykować twierdzenie, że właśnie fakt wyłączenia przedmiotu darowizny ze spadku, ze wszelkimi tego konsekwencjami, jest jej istotną cechą. Zgodnie z zasadą swobody rozrządzania majątkiem na wypadek śmierci, potencjalny spadkodawca/darczyńca powinien mieć możliwość dokonania wyboru instytucji, w ramach której przekazuje określony składnik majątku określonej osobie, nie czyniąc jej jednocześnie spadkobiercą ani zapisobiercą. Ponadto wyrażne wprowadzenie dopuszczalności instytucji darowizny na wypadek śmierci nie pogorszy w szczególności sytuacji wierzycieli spadkowych. Przeciż już w obecnym stanie prawnym właściciel rzeczy może do samej śmierci, bez zgody wierzycieli, zbyć według własnego uznania każdą rzecz pod jakimkolwiek tytułem prawnym. I tylko w sytuacjach, gdyby wyzbywał się majątku na szkodę wierzycieli i ze świadomością ich pokrzywdzenia, wierzyciele ci mogą żądać uznania takiej umowy za bezskuteczną w stosunku do nich. Zatem już na tle obecnie obowiązującego prawa wierzyciele muszą liczyć się z możliwością wyzbycia się majątku przez dłużnika i powinni odpowiednio zabezpieczyć swoje roszczenia. W konsekwencji, upodobnienie zasad ochrony wierzycieli w przypadku darowizny na wypadek śmierci, do zakresu tej ochrony przysługującego im przy czynnościach prawnych *mortis causa*, jest nieuzasadnione. Co więcej, omawiany projekt przewiduje rozszerzenie ochrony wierzycieli w stosunku do zwykłej darowizny. W projektowanym art. 534 k.c. istnieje przedłużenie terminu dochodzenia roszczenia z akcji pauliańskiej, jeżeli dotyczy ono darowizny na wypadek śmierci. Dokonuje

⁴³ Por. opinia Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 6 kwietnia 2011 r.

⁴⁴ Krajowa Rada Sądownictwa, w opinii z dnia 6 kwietnia 2011 r., odnosi się do najnowszego projektu – druk sejmowy nr 4124, podczas gdy dokonuje tam oceny rozwiązania, które w ocenianym projekcie nie występuje. Występuje natomiast w poprzednim projekcie – druk sejmowy nr 2116.

tego poprzez ustanowienie terminu dopuszczalności dochodzenia roszczenia rozumianego względnie – nie może on upłynąć wcześniej niż dwa lata od śmierci darczyńcy.

Istotniejszym problemem jest brak zastosowania, przy unormowaniu darowizny na wypadek śmierci, regulacji analogicznej do art. 961 k.c. Jeżeli cały majątek spadkowy zostanie rozdysponowany przez darowizny *mortis causa*, nie będzie podstaw do uznania obdarowanych za spadkobierców. Wprawdzie podobny skutek może osiągnąć darczyńca, który tuż przed śmiercią dokonuje „zwykłych” darowizn wyczerpujących cały jego majątek, lecz ze względu na szczególną specyfikę darowizny *mortis causa*, można by podjąć próbę regulacji prawnej dotyczącej tego zagadnienia.

Co do kwestii odpowiedzialności obdarowanego darowizną na wypadek śmierci za zachówek, należałoby wskazać kolejność, w jakiej obdarowani taką darowizną odpowiadają za zobowiązania z tytułu zachowku. Art. 1001 k.c., ustanawia kolejność od najpóźniej obdarowanego. Jednak jak powinien zostać oznaczony moment obdarowania w przypadku darowizny na wypadek śmierci? Możliwe są dwa warianty: chwila zawarcia umowy albo chwila śmierci darczyńcy powodująca powstanie skutków prawnych. Najtrafniejszy ze względów funkcjonalnych byłby wybór chwili śmierci darczyńcy jako momentu ustalającego kolejność dokonania darowizny. Wprawdzie byłoby to sprzeczne z zasadami dotyczącymi „zwykłych” darowizn, gdyż tu decyduje data zawarcia umowy, lecz przez wzgląd na specyfikę darowizny *mortis causa* oraz na ochronę najbliższej rodziny spadkodawcy, takie rozwiązanie wydaje się uzasadnione. Od zawarcia umowy darowizny *mortis causa* może minąć wiele lat, lecz przedmiot darowizny obdarowany uzyska dopiero z chwilą śmierci spadkodawcy, co spowoduje, że przysporzenie otrzyma najpóźniej. Ustanowienie jednoczesnej odpowiedzialności obdarowanych na wypadek śmierci zwiększałoby w takim ujęciu ochronę uprawnionych z tytułu zachowku. W przypadku kilku obdarowanych darowizną *mortis causa*, powinni oni odpowiadać za zobowiązania z tytułu zachowku w stosunku do wielkości uczynionych darowizn (przez analogiczne stosowanie 1034 § 2 k.c.).

Omawiany projekt przewiduje również zmiany w prawie o notariacie oraz w ustawie o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców, które to pozostają jednak poza tematyką niniejszego artykułu.

7. Wnioski końcowe

Jak starałem się ukazać – dopuszczalność stosowania darowizny *mortis causa* w obecnym stanie prawnym można wywieść już z obowiązujących przepisów. Dopóki jednak nie będzie ona precyzyjnie uregulowana, nie będzie stosowana w praktyce. Powyższe rozważania skłaniają zatem do wniosku, że wyraźne przesądzenie o dopuszczalności darowizny na wypadek śmierci jest potrzebne w polskim systemie prawnym. Dalsze rozszerzenie katalogu czynności prawnych,

dzięki którym potencjalny spadkodawca może dysponować majątkiem na wypadek śmierci jest uzasadnione i pożądane. Nowy projekt dotyczący darowizny na wypadek śmierci, choć znacznie poprawiony w stosunku do poprzedniego, wymaga jeszcze pewnych modyfikacji.

Wprowadzenie do polskiego systemu prawnego instytucji zapisu windykacyjnego, choć przełomowe i pożądane, nie rozwiązuje jednak całkowicie problemu realizacji zasady swobody rozrządzania poszczególnymi składnikami majątku na wypadek śmierci. Podstawowa cecha zapisu windykacyjnego, jaką jest swobodna jego odwołalność przez testatora, a co za tym idzie brak związania stron do czasu śmierci spadkodawcy, może bowiem być w zależności od punktu widzenia zarówno jego zaletą, jak i wadą. Wskazując na czynniki motywacyjne u przyszłego zapisobiercy, w przypadku zapisu windykacyjnego, będą one mniej wyraźne niż w przypadku wiążącej obie strony umowy darowizny na wypadek śmierci. Kiedy przedmiotem, którym ma zadysponować na wypadek śmierci potencjalny spadkodawca (darczyńca), jest np. rodzinne przedsiębiorstwo, cecha zapisu windykacyjnego, jaką jest odwołalność, może niekorzystnie wpływać na losy tego majątku. Co za tym idzie, nie tylko osoba, która ma w przyszłości otrzymać taki składnik majątku, ale również sam potencjalny spadkodawca, czasami będzie wołał dla lepszej motywacji następcy i jego zaangażowania w utrzymanie takiego składnika majątku, związać się dwustronną umową, która nie będzie swobodnie odwołalna. I paradoksalnie nadanie spadkodawcy takiej możliwości zwiększy, a nie pomniejszy zakres swobody testowania.

Niemniej jednak, w perspektywie zmian, jakie mają się dokonać w polskim prawie cywilnym w następnych latach poprzez wprowadzenie całkowicie nowego kodeksu cywilnego⁴⁵, sens ustanawiania nowych, częściowych regulacji stoi pod znakiem zapytania. Wydaje się, że takie działanie mogłoby wprowadzić niepewność i chaos do obrotu prawnego. Omawiany projekt powinien posłużyć jako podstawa dla prac nad kompleksowymi rozwiązaniami dotyczącymi darowizny na wypadek śmierci, które bezsprzecznie powinny się znaleźć w nowym kodeksie cywilnym. Oprócz instytucji zapisu windykacyjnego oraz darowizny na wypadek śmierci powinna zostać w nim również uregulowana instytucja rozrządzeń testamentowych co do działu spadku. Dopiero tak szeroki katalog instytucji umożliwiających potencjalnemu spadkodawcy swobodne rozrządzanie swoim majątkiem na wypadek śmierci zapewni właściwy poziom realizacji zasady swobody testowania w polskim prawie prywatnym.

⁴⁵ Na potrzebę rozszerzenia katalogu czynności prawnych *mortis causa* wskazano w pracach nad nowym kodeksem cywilnym. Por. M. Pazdan, [w:] *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z Radwański, Warszawa 2006, s. 185.

